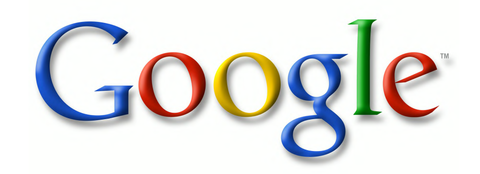
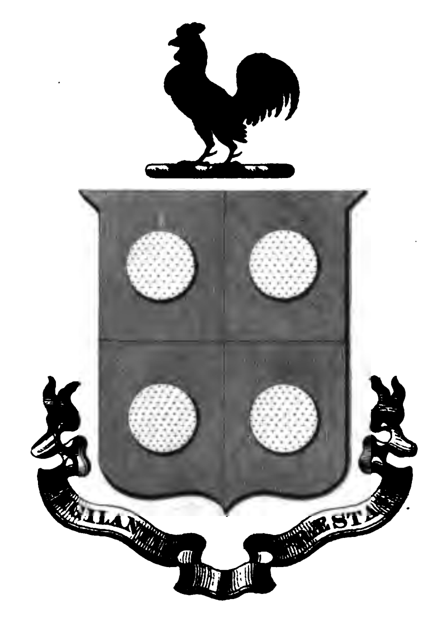


Ex Libris



Brinton Coxe.



Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimem Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders-Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Dreiunddreißigster Theil.

Neue unveränderte Ausgabe der zweiten Auflage.

Erlangen,

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

1869.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Fortsetzung des Titels

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

§. 1382.

Heutiges Recht. Umfassende Bedeutung von Alienation. Fälle, wo sie ohne Decret geschehen kann.

Da bey Veräußerung der Güter der Pflegbefohlnen noch jetzt das römische Recht entscheidet [1]); so ist es nöthig, aus der geschichtlichen Darstellung dieser Lehre das noch jetzt geltende Recht hervorzuheben. Es läßt sich dasselbe in folgende Hauptsätze zusammenfassen.

I. Unbewegliche Güter solcher Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, sie seyen Pupillen, oder Minderjährige, (adulti) oder andere nicht minderjährige Curanden, wie **furiosi**, **prodigi**, und dergleichen, dürfen weder für sich, sie seyen von welcher Art sie wollen, **praedia urbana** oder **rustica**, noch deren Zubehörungen [2]),

1) S. Mittermaier's Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 374. (der 3. Ausgabe.)

2) Der Kaiser Constantin braucht in seiner Constitution *L. 22. C. de administr. tut. vel curat.* die Ausdrücke

so wie denselben gleichgeachtete iura praediorum [3]), von den Vormündern und Curatoren eigenmächtig, und wenn

praedia et *mancipia* rustica, urbana praedia et *mancipia*. Daß mancipia hier Zubehörungen der praediorum sind, hat an sich keinen Zweifel. Allein was sind das für Zubehörungen? *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. t. §. *At non tantum* pag. 585. sagt: *Mancipia rustica* erant instrumenta, sine quibus praedia rustica non satis commode poterant exerceri. Also was man Guts-Inventarium nennt. Hingegen Dabelow im Handbuche des Pandectenrechts 3. Th. §. 306. S. 574. versteht unter *mancipium* Sclaven und Zugvieh, welche zu dem praedio rustico gehörten. Allein Zugvieh heißt nie mancipium, sondern iumentum. S. Brissonius de Verb. Signif. h. v. pag. 674. edit. *Heinecc.* Beydes, Sclaven und Zugvieh, gehörte nun zwar allerdings zum instrumentum fundi rustici. S. Varro *de Re Rust.* Lib. I. cap. 17. *L.* 8. *pr. L.* 19. *pr. D. de instructo vel instrum. legato.* (XXXIII. 7.) allein nie wird das instrumentum fundi rustici selbst *mancipium* genennt. Unter *mancipia rustica*, *mancipia urbana* werden vielmehr die Sclaven verstanden, welche zu einem praedium rusticum oder urbanum gehörten. Paulus *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 6. §. 43. et 44. *L.* 18. §. 9. *D. de instr. vel instrum. leg. L.* 12. *D. de supellect. legata.* (XXXIII. 10.) Brissonius de Verb. Signif. voc. *Mancipium* nr. 3. Diese mancipia wurden, so wie die praedia selbst, zu denen sie gehörten, zu den unbeweglichen Sachen gezählt. *L.* 6. §. 1. *C. de secund. nupt.* (V. 9.) Julianus nennt sie daher in seiner *Epit. Nov.* veluti membra rerum immobilium. S. *Jac.* Cujacii Exposit. Novellar. ad Nov. VII. Von den mancipiis praediorum tam urbanorum, quam rusticorum hat sehr ausführlich gehandelt *Car. Ferd.* Schmid in Diss. de instrumento fundi. (*Vitebergae* 1806. 4.) §. VI. et VII.

3) S. den 32. Th. §. 1381. b. S. 470. f.

auch der Vater selbst Vormund wäre[4]), eben so wenig veräußert werden, als bewegliche Sachen von Werth, welche aufbewahrt werden können. Solche Gegenstände dürfen anders nicht alienirt werden, als wenn es a) die Nothwendigkeit erfordert, und b) die competente Obrigkeit, mittelst eines causa cognita ertheilten Decrets, die Veräußerung genehmiget hat[5]).

II. Ein obrigkeitliches Decret ist bey allen Arten von Veräußerungen nöthig, wodurch ein dem Pflegbefohlnen zuständiges dingliches vollkommen erworbenes Recht aufgegeben werden soll[6]), es werde nun entweder das Eigen-

4) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* Ulpian. *lib. II. de omnibus Tribunalibus.* Si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an Praetor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est, ut debeat: pronior tamen esse debet Praetor ad consentiendum patri. — *L.* 3. *C. de praed. et aliis rebus minor.* (V. 71.) Impp. Valerian. *et* Gallienus AA. *Theodosiano et aliis.* Cum emancipatis vobis praedium adquisitum foret, alienari a patre, eodemque curatore, sine Praesidis auctoritate non potuit: maxime si tanquam suum esset, non tanquam pupillare vendiderit. Itaque illibata vobis persecutio eius manet. PP. III. Non. Jan. Fusco et Basso Conss. 259.

5) *L.* 22. *C. de admin. tut. vel. curat.* In der Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3. heißt es: die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn Vorwissen, Erkenntniß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschweren.

6) S. Brissonius voc. *Alienatio.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Jo.* Goeddaei Comment. ad tit. Dig. de Verb. Signif. L. 28. pr. Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. I. §. 133. (edit. sec. *Hallae* 1827.) und von

thum einer Sache auf einen Andern übertragen, welches **Veräußerung** (alienatio) im engern Sinne genennt wird[7]), sey es auch nur ein prätorisches Eigenthum[8]),

Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. Th. 2. Buch. §. 119. (der 3. Aufl.)

7) *L.* 1. *C. de fundo dot.* (V. 23.)

8) *L.* 8. §. 2. *D. de alienat. iudic. mut. causa facta.* (IV. 7.) ALIENARE intelligitur etiam, qui *alienam rem* vendidit. In dieser Beziehung sagt ULPIANUS *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* (*libro XXXV. ad Edictum.*) Si pupillus *alienum fundum bona fide emtum* possideat, dicendum puto, nec hunc *alienare* tutores posse: *ea enim, qua quasi pupillaris vero distractus est, venditio valet.* Die letztern Worte haben den Auslegern viel Schwierigkeit verursacht. Viele wollen die florentinische Lesart für fehlerhaft halten, und haben sie mit mehr oder weniger Violenz zu emendiren gesucht. An der Spitze der violenten Critiker steht *Ant.* FABER in Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. illat. 86. pag. 911. Dieser liest: *Etenim quasi pupillaris vere distractus est*, und trennt nun die folgenden Worte: *venditio valet*, welche er für den Anfang des nächstfolgenden §. hält. Weil nun die Worte: *an vendere tutores possint*, zu dieser Emendation nicht passen, so streicht er sie weg. Heißt das nicht Sengen und Brennen? Etwas gemäßigter ist die Critik derer, welche venditio *non* valet lesen, wie *Sieg. Reich.* JAUCHIUS in Meditation. critt. de Negationib. Pandect. Florent. Cap. XVI. §. 14. pag. 255. und *Herm.* CANNEGIETER Observation. Juris Rom. Lib. II. cap. 16. pag. 203. So lesen auch wirklich mehrere Ausgaben, z. B. die des **Haloanders**, **Baudoza**, und **Robert Stephanus**. Diese Lesart hat auch die Glosse bemerkt. *Jac.* VOORDA Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. III. Cap. 6. pag. 262. glaubt, das Wort *valet* habe hier nicht die gewöhnliche Bedeutung, sondern heiße so viel, als spectat oder pertinet. Dieser

oder auf den Gütern ein dingliches Recht bestellt [9]), oder

Bedeutung gemäß emendirt er nun so: *Eo enim ista, quo si pupillaris vero* (i. e. vere) *distractus est, venditio valet*, i. e. spectat. Der Sinn sey also: Es laufe auf Eins hinaus, der fundus sey wirkliches Eigenthum des Pupillen, oder ein fundus alienus, den der Pupill bona fide gekauft hat, und vielleicht bald usucapirt haben würde. Denn indem derselbe durch den Verkauf den fundus zu besitzen aufhöre, sey es ja auch so gut, wie der Verkauf in jenem ersten Falle, eine Alienation. Die bescheidenste Critik ist die des *Herm.* Noordkerk Observation. Decad. (*Amstelodami* 1731. 8.) Cap. 5. pag. 118. Dieser setzt blos nach den Worten *venditio valet* ein Fragzeichen ?, und glaubt damit alle Schwierigkeit beseitiget zu haben. Die meisten sind der Interpretation der Griechen gefolgt, und haben die Worte entweder ohne alle Aenderung erklärt, oder sie haben etwa ein, oder ein paar Worte aus der Erklärung der Griechen eingeschaltet, oder versetzt. In den *Basilicis Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 5. Tom. V. Fabroti pag. 125. lauten nämlich die Worte so: Εἰ δὲ πρᾶγμα τοῦ ἐπιτρόπου ὡς ὀρφανικὸν ἐκποιηθῇ, ἔῤῥωται i. e. *Sed si res tutoris quasi pupillaris alienetur, valet.* Und der griechische Scholiast pag. 146. Sch. u. A. sagt: Μήτε ἀλλότριος ἀγρὸς, ὃν πίστει καλῇ νέμεται ὁ ἄνηβος, ἐκποιείσθω, εἰ μὴ τοῦ ἐπιτρόπου ἐστὶν. i. e. *Ne alienus quidem fundus, quem pupillus bona fide possidet, alienari potest, nisi* tutoris *fuerit.* Nach dieser Erklärung sey also der Sinn der streitigen Worte: Die Veräußerung sey hingegen gültig, wenn der Vormund ein Grundstück, welches er irrig für ein Eigenthum des Mündels gehalten, ihm aber selbst gehörte, veräußert hätte. So erklärt diese Stelle ohne alle Emendation Püttmann Interpretat. et Observat. Cap. VII. §. 4. pag. 33. Eben so *Abrah.* Wieling, nur daß dieser das Wort *vero* versetzt, und *ea enimvero*, i. e. e contrario liest. *Jo.* Jensius ad Rom. iuris Pand. et Cod.

ein solches aufgegeben[10]), nicht derelinquirt[11]), aber ein

Strictur. pag. (184.) (*Lugd. Batavor.* 1764. 4.) hingegegen schaltet das Wort *tutoris* ein, und liest Statt ea enim, *ea vero* auf folgende Art: *Ea vero, qua fundus* TUTORIS, *quasi pupillaris, distractus est, venditio valet.* Nicht viel verschieden ist *Jo. Bern.* KOEHLER Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. II. (*Lips.* 1792. 8.) Cap. 2. pag. 6. welcher nur dem Wort *tutoris* einen andern Platz anweist. Er liest nämlich: *Ea enim, qua quasi pupillaris,* TUTORIS *vero* (fundus puta) *distractus est, venditio valet.* Alle diese Rechtsgelehrten verstehen also unter dem fundus *quasi pupillaris,* einen solchen fundus, qui alienus est, et falso pupillaris esse creditur. Dieser Erklärung scheinen auch *Jo. Guil.* HOFFMANN Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIV. §. 5. und *Jo. Gottfr.* SAMMET Receptar. Lection. ad Jauchium libr. sing. Cap. XIV. (*Opusc.* pag. 151. sq.) zu huldigen, nur daß letzterer das *vero* mit TAURELLIUS in Adnotat. ad pag. 687. vom vero pretio versteht, es könne aber auch so viel, als vere heißen. Diese Erklärung verdient auch wohl den Vorzug, und kann, außer der Auctorität der Griechen, die sie für sich hat, auch noch durch eine andere Stelle aus Ulpians *libro XVI. ad Edictum* unterstützt werden, wo sich Ulpian auf eine ähnliche Art ausdrückt. Es ist die *L.* 10. §. 1. *D. de curatorib. furios.* welche folgendermaßen lautet: Curator furiosi rem quidem suam *quasi furiosi* tradere poterit, et dominium transferre, rem vero furiosi si *quasi suam* tradat, dicendum, ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit. Von allen bisherigen abweichend ist die Erklärung des POTHIER in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Art. I. Nr. III. Not. e. pag. 161. welche nicht mit Stillschweigen übergangen werden darf. Er hält zwar auch die Lesart: *non* valet, für eine nothwendige Emendation, schlägt aber doch noch eine andere ohne Emendation vor, nämlich wenn man die Worte *quasi*

bereits erworbener Gewinn ausgeschlagen[12]). Solchemnach sind die hierher gehörigen Alienationsfälle, welche ein Decret erfordern, folgende. Verkauf, Tausch, Transact[13]), Gebung an Zahlungsstatt[14]), Bestellung eines Heyrathsguts, wenn deswegen eine Veräußerung nöthig wird[15]),

pupillaris so versteht, decreto interposito legitime distractus est. Allein dieses würde sich ja wohl von selbst verstanden haben.

9) *L. ult. C. de rebus alien. non alienand.* (IV. 51.)

10) *L. 5. D. de fundo dot. L. 3. §. 4. et 5. D. h. t. L. 7. L. 13. C. de praed. et aliis reb. minor.*

11) *L. 28. pr. D. de Verb. Signif.* sagt zwar Paulus Alienationis Verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, *qui patitur usucapi.* Allein von einem obrigkeitlichen Decrete kann hier wohl keine Rede seyn.

12) *L. 5. §. 8. D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Fundum autem *legatum* repudiare pupillus sine Praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, *cum res sit pupilli*, nemo dubitat. Mit der Repudiation einer Erbschaft, welche erst durch die Antretung erworben werden muß, verhält es sich anders. Diese ist keine Alienation. *L. 28. pr. D. de Verb. Signif.* Qui occassione acquirendi non utitur, non intelligitur *alienare*, veluti *qui hereditatem omittit.* S. Voet Comm. h. t. §. 3. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 522. Not. d. und Geigers und Glücks Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. B. Nr. XLIII. §. 11. S. 216. ff.

13) *L. 4. C. de praed. et aliis reb. minor.* (V. 71.) S. *Jo. Jac.* Wissenbach Comment. in Cod. ad h. L. pag. 499.

14) *L. 15. C. eodem.*

15) *L. 22. C. de administrat. tutor. vel curat. L. 61. §. 1. D. de iure dot.* Anders, wenn die Sachen der Pflegbe-

Bestellung einer **Donatio propter nuptias**[16]), Cession der Forderungen des Pflegbefohlnen[17]), Verpfändung[18]), auch wenn sich bei der Erwerbung einer Sache der Verkäufer bis zur erfolgten Bezahlung des Kaufgeldes eine Hypothek darauf vorbehalten hätte[19]), wofern sie nicht schon die Gesetze selbst geben, wie z. B. in dem Falle, wenn einem Pupillen mit dem Gelde eines andern Pupillen ein Grundstück gekauft worden ist[20]). Ent-

fohlnen selbst zum Heyrathsgute gegeben werden. *L.* 30. *C. de iure dot.* (V. 12.) S. Voet c. l.

16) *L.* 16. *et L.* 22. *Cod. cit.* Verb. vel in donationem propter nuptias. *L.* 8. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Sonst findet keine Verschenkung Statt. *L.* 3. *C. Si maior. factus* (V. 74.). Vergleiche jedoch den 30. Th. des Commentars §. 1333. S. 227. ff.

17) S. *Fratr.* Becmannorum Consil. et Decision. Tom. I. Cons. XXXVI. Qu. IV. nr. 17—19. pag. 406—412. und Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 41. S. 442. f. (der 2. Aufl. Greifswald 1826. 8.) Ob Staatspapiere eine Ausnahme machen? Die bejahende Meinung hat die Auctorität eines Mittermaier's in den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 373. S. 689. (der 3. Ausgabe) für sich. Sollte sich aber der Grund, weil Staatspapiere in Bezug auf vormundschaftliche Verwaltung wie Mobilien behandelt werden, wohl mit der Vorschrift der *L.* 22. *C. de admin. tut. vel curat.* vereinigen lassen?

18) *L.* 1. §. 2. *L.* 5. §. 10. *L.* 7. §. 5. *L.* 8. §. 2. *D. h. t. L.* 2. *C. de praed. et aliis reb. minor. L. ult. C. de reb. alien. non alienand. L.* 22. *C. de administr. tut. vel curat.*

19) *L.* 1. §. 4. *D. h. t. L.* 2. *eod.* S. Noodt Comm. h. t. §. At non. und den 16. Th. dieses Commentars. §. 1000. Not. 59. S. 234.

20) *L.* 3. *pr. D. h. t.* S. den 19. Th. §. 1087. b. S. 48—52.

sagung einer dem Pflegbefohlnen gemachten, und von ihm bereits acceptirten Schenkung[21]), Ausschlagung eines Vermächtnisses[22]), Belastung eines Grundstücks mit Servituten, oder Erlassung derselben, in so fern sie dem Pflegbefohlnen auf fremden Sachen zustehen[23]). Auszahlung eines Vermächtnisses, wenn dem Pupillen vom Testirer, der ihn zum Erben eingesetzt, oder mit einem Vermächtniß bedacht hat, ist auferlegt worden, eine ihm gehörige Sache einem Andern abzugeben[24]), und Annahme einer Zahlung vom Schuldner des Mündels. Auch diese darf nach einer Verordnung des Kaisers Justinian an den **Praefectus praetorio** Johannes[25]) dem Vormunde anders nicht geschehen, als wenn eine richterliche Entscheidung, wodurch jedoch dem Pflegbefohlnen keine Kosten verursacht werden dürfen, es ihm erlaubt hat; weil sonst der Schuldner nicht

21) *L. 7. C. de praediis et aliis reb. minor.* Impp. Carus, Carinus, *et* Numerianus. Si ad resolvendam donationem, quam in emancipatum te pater contulerat, minor viginti quinque annis cautionem ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contra Senatusconsulti auctoritatem data sit, non oberit iuri tuo.

22) *L.* 5. §. 8. *D. h. t.* S. not. 11. und *Bav.* Voorda Thes. controv. Dec. XXVIII. §. 1. in fin.

23) *L.* 3. §. 5. *in fin. D. h. t. L.* 5. *D. de fundo dot. L. ult. C. de reb. alien. non alienand.*

24) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Ulpian. Si fundus legatus, vel per fideicommissum fuerit relictus Sejo a pupillo herede instituto, an tutores restituere hunc fundum possint sine auctoritate Praetoris? Et putem, si quidem rem suam legavit, cessare orationem: sin vero de re pupilli, dicendum erit, locum esse orationi, nec inconsulto Praetore posse alienari.

25) *L.* 25. *C. de administr. tutor. et curator.*

befreyet wird, wenn der Empfänger das Geld verschleudert, oder durch Diebstahl verloren hat[26]). Bey Renten, Mieth- und Pachtgefällen, wie auch Zinsen ist zwar ein solches Decret nicht erforderlich, sie müssen nur aber nicht von länger als zwey Jahren rückständig seyn, und dabey nicht über hundert solidos betragen[27]).

26) §. 2. *J. Quibus alienare licet, vel non.* (II. 8.) Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in Constitutione, quam ad Caesarienses advocatos ex suggestione *Tribuniani*, viri eminentissimi, Quaestoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius iudicialis sententia sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et iudex pronunciaverit, et debitor solverit, sequatur huiusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eandem pecuniae summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si aut male consumserit, aut furto amiserit: nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur: quia temere, sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit. Man vergleiche Ge. Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Crim- und Civilrechte. 1. B. (Göttingen 1791. 8.) Nr. XVIII. S. 133—138.

27) *L. 27. C. de administr. tut. vel curator.* Constitutionem, quam nuper fecimus, disponentes — etiam in usuras extendimus: quae tamen non summatim, neque ex multis annis collectae iam debentur, biennales metas, et centum solidorum quantitatem minime excedentes. In den *Basilicis* Tom. V. pag. 137. Const. XL. heißt es: Η διάταξις κελεύει κατὰ μίμησιν τῶν προσόδων καὶ τῶν ἐνοικίων, οὕτως καὶ τοὺς τόκους καταβάλ-

III. Sachen, welche abgenutzt, oder dem Verderben ausgesetzt sind, besonders Früchte, und das überflüssige Vieh kann der Vormund ohne Decret veräußern[28]).

IV. Das Veräußerungsverbot geht nur auf solche Veräußerungen, die von dem Willen des Vormundes abhangen, nicht auf solche, welche er nicht verhindern kann, sondern geschehen lassen muß.

V. Das Verbot hört also auf, 1) wenn Urtheil und Recht die Veräußerung befiehlt. Dahin gehört, wenn die Obrigkeit eine Auspfändung, oder eine **missio in possessionem rerum pupillarium** verfügt; oder wenn der Vormund einen **fundus pupillaris** vindicirt, und weil der Besitzer dem richterlichen Urtheile zu Folge, den **fundus** nicht restituirte, die angebotene **litis aestimatio** eine

λεσθαι χωρὶς ἀποφάσεως τοῦ ἄρχοντος· εἰ μήτε ἐκ πλειόνων τῶν δύο ἐνιαυτῶν χρεωσοῦνται, μηδὲ ὑπερβαίνουσι τὰ ἑκατὸν νομίσματα. i. e. *Constitutio iubet exemplo redituum et pensionum usuras solvi, sine decreto iudicis, nisi biennium et supra aureos centum debeantur.*

28) *L. ult. C. Quando decreto opus non sit.* (V. 72.) *L.* 28. *in fin. C. de admin. tut. vel curat.* Hisque adiicimus, nullam neque in hoc capitulo ambiguitatem relinquentes, tutoribus et omnibus curatoribus licere *fructus*, sive qui ex reditibus praediorum colliguntur, sive qui ex substantia personarum, quarum gubernationem habent, inventi fuerint, id est, vinum et oleum et frumentum, vel cuiuscunque speciei sunt, *sine decreto distrahere iusto pretio*, quod in his locis, in quibus venditio celebratur, tunc temporis noscitur obtinere: et quae ex venditione eorundem fructuum colliguntur pecuniae, cum alia pupillorum vel adultorum aliarumque personarum substantia administrentur.

Veräußerung nothwendig macht; oder wenn ein **fundus pupillaris** von einem Dritten in Anspruch genommen, und weil gegen den Pupillen erkannt worden, der Vormund nun den **fundus** restituiren muß. Diese Fälle berührt Ulpian *L.* 3. §. 1. 2. *et* 3. *D. h. t.*

§. 1. Pignori tamen capi iussu Magistratus, vel Praesidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a Praetore quis potest, et ius pignoris contrahitur, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti [29]), ***et ut procedat*** [30]),

29) In den ***Basilicis*** **Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 3. §. 1. Tom. V. pag. 124 sq.** heißt es: *καὶ πραθῆναι, καὶ πέμψαι εἰς νομὴν ἀπὸ τῆς περὶ οἴκον ἐλπιζομένης ζημίας, καὶ τῆς περὶ πραγμάτων φυλακῆς, καὶ τῆς περὶ ληγάτου ἀσφαλείας.* **i. e.** ***et mittere in possessionem ex causa damni infecti, et rei servandae et legatorum cautionis causa.***

30) Der griechische Scholiast in den ***Basilicis*** **Tom. V. pag. 145. Sch. l.** erklärt die Worte: ***et ut procedat*** so: *καὶ ἐπὶ τῷ δεσπόσαι τὸν γείτονα τοῦ οἴκου ἢ τοῦ ἀγροῦ τοῦ πουπίλλου, καλῶς εἰς δευτέραν νομὴν πέμπει αὐτὸν ὁ Πραίτωρ.* **i. e.** ***et ut vicinus dominus fiat aedium, vel fundi pupillaris, recte eum in secundam possessionem mittet Praetor.*** **Cujacius Observat. Lib. VII. Cap. 23.** hält daher die angeführten Worte für verstümmelt. Er liest nämlich: ***et ut dominium procedat, iuberi etiam possidere poterit.*** An einem andern Orte **Lib. XXI. Cap. 36.** ändert er jedoch seine Meinung wieder. Er will daselbst lieber ***ut procedat*** usucapio lesen, und führt zur Unterstützung dieser Lesart die *L.* 5. *pr. L.* 12. *L.* 18. §. 15. *L.* 44. §. 1. ***D. de damno infecto.*** **(XXXIX. 2.)** an, welche blos von einer Usucapion sprechen. **Praetor enim ut heredem, ita dominum facere non potest, sed posses-**

iuberi etiam *possideri* poterit. Hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex

sorem facit *iure dominii*, ut usucapio procedat. *L.* 7. §. 1. *D. de usufructu. L.* 15. §. 16. *D. de damno inf. Henr. a* Suerin Repetitar. Lection. iuris civ. Cap. VII. (in *Thes. iuris Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 18 sq.) verwirft jedoch die Meinung des Cujacius gänzlich, und setzt ihr die *L.* 5. §. 1. *D. communi divid. L.* 15. §. 17. *D. de damno inf.* und *L.* 1. *pr. D. de fundo dot.* entgegen. Er selbst hält gar keine Emendation für nöthig. Die Worte *ut procedat*, bezieht er auf den Prätor, und erklärt sie so: Der Prätor kann im Wege des strengen Rechts eine missio in possessionem verfügen, er kann aber auch dem Minderjährigen auf sein Gesuch die Restitution ertheilen. *L.* 15. §. 22. *D. de damno inf. Pet.* Duirsema Conjectural. iuris civ. (*Groening.* 1714. 8.) Lib. II. Cap. 5. §. 4. pag. 230. versteht auch die Worte vom Prätor, und meint, das Wort Praetor sey auch in der Handschrift gestanden, aber mit Siglen geschrieben gewesen, nämlich so PR. wie nach Magno und Valerius Probus das Wort Praetor geschrieben wurde. Diese Siglae hätte der Abschreiber nicht verstanden, daher sey hier eine Lücke entstanden. Statt procedat aber will er *procedit* lesen, und das *ut* in der Bedeutung von sicut nehmen. Die Worte, so restituirt: *et ut non procedit*, sollen also auf das amtliche Verfahren des Prätors hindeuten, und soviel heißen: und so wie der Prätor in solchen Fällen zu verfahren pflegt. Allein gehen die Worte wirklich auf den Prätor, so ist es nicht nöthig, das Wort auf eine so künstliche Art hinein zu emendiren, weil ja des Prätors in den vorhergehenden Worten ausdrücklich gedacht wird. Pagenstecher Adversarior. Lib. I. cap. 9. will unter den Worten *et ut procedat*, das Wort pignus verstehen, von dem vorher die Rede war. Für diese Meinung ließen sich nun zwar die *L.* 3. und *L.* 5. *C. Ut in possess. legator.* (VI. 53.) anführen; allein eben deswegen, weil schon

tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex Magistratuum auctoritate.

§. 2. Item quaeri potest: si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat? Et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit[31]).

vorher von der missio in possessionem rerum pupillarium die Rede war, und ausdrücklich gesagt wurde, *et ius pignoris contrahitur;* so würde ja durch diese Interpretation eine höchst unnütze Tautologie herbeygeführt werden. Ich halte also die Erklärung des griechischen Scholiasten für die allein richtige, die auch noch insonderheit durch die *L.* 1. *D. de fundo dotali* (XXIII. 5.) *L.* 5. §. 3. *in fin. h. t.* und *L.* 15. §. 16 *et* 17. *D. de damno infecto* (XXXII. 2.) unterstützt werden kann. Eine Emendation scheint mir daher auch gar nicht nöthig zu seyn. Denn die Worte *et ut procedat* gehen offenbar auf die missio in possessionem, von der vorher die Rede war, und wollen soviel sagen, „und damit dieselbe ihre vollkommene Wirksamkeit erlange." Nun konnte doch nicht noch einmal von eben derselben missio die Rede seyn, von der es ja schon vorher hieß, es werde dadurch ein ius pignoris contrahirt. Schon Accursius sahe daher, daß das *iubere possideri* von einer possessione ex secundo decreto zu verstehen sey, wodurch derjenige Eigenthümer wird, qui possidere iubetur. Eben dieser Meinung ist auch *Ant.* Faber in Jurispr. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ. VII. Illat. 83. pag. 907.

31) Basilica *Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 3. §. 2. Tom. V. pag. 125. Εἰ δὲ ἐναγαγὼν ὁ ἐπίτροπος περὶ ὀρφανικοῦ ἀγροῦ, λάβῃ ἀποτίμησιν τῆς δίκης, ἔῤῥωται ἡ ἐκποίησις. i. e. *Si tutor petierit fundum pupillarem, et acceperit aestimationem litis, alienatio valet.*

L. 3. §. 3. Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem.

2) Wenn der Vater des Mündels die Veräußerung in seinem Testamente oder Codicille befohlen hätte [32]), sollte auch das Testament des Vaters irritum geworden seyn [33]).

L. ult. D. h. t. PAULUS *libro IX. Responsorum.* PAULUS respondit: etsi testamentum patris

Man vergleiche jedoch *L.* 68. *D. de Rei vind.* BACHOVIUS Advers. *Anton.* FABRUM Decad. XCVIII. Err. 9. nr. 4. *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 3. §. 2. D. h. t. pag. 497. und den 8. Th. dieses Commentars §. 588. S. 227. f.

32) Unter testamentum *irritum* wird hier jeder ohne Widerruf des Erblassers ungültig gewordener letzter Wille verstanden. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Irritum.* Ein solcher gilt doch noch immer als Wille des Vaters. S. *Ant.* FABRI Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VII. illat. 90. pag. 917. VOET Comm. h. t. §. 12. *Ger.* NOODT ad Dig. h. t. §. *Hactenus.* pag. 586. und *Franc.* DUARENUS Comm. ad h. t. (*Oper.* pag. 311.)

33) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Verb. NISI, UT ID FIERET, PARENTES TESTAMENTO VEL CODICILLIS CAVERINT. — *L.* 1. *C. Quando decreto opus non est.* (V. 72.) Impp. SEVERUS *et* ANTONINUS AA. *Valentino.* Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi praedio, pretium reciperet: id quod convenit, servabitur. Neque enim in ea re auctoritas Praesidis necessaria est, ut tutorum solicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant. Dat. VI. Kalend. Januar ANTONINO et GETA Conss. 206.

postea irritum esse apparuerit, tamen tutores pupilli sive curatores filii nihil contra orationem Divorum Principum fecisse videri, si *secundum voluntatem defuncti* testamento scriptam praedium rusticum pupillare vendiderunt.

Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn ein Dritter, von dem der Pflegbefohlne die Sache erhielt, die Veräußerung derselben zur Pflicht und Bedingung gemacht hat, wie aus *L. 3. C. Quando decreto opus non est* (V. 72.) erhellet.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. *Stratoniciano.* Praedium rusticum vel suburbanum a minore vigintiquinque annis alienari sine decreto Praesidis, nisi parentis voluntas, vel *testatoris, ex cuius bonis ad minorem pervenit,* super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest. Dat. XII. Kal. April. Nicomediae. AA. Conss.

Der Wille des Vaters muß nur aber bestimmt erklärt seyn, und darf nicht blos daraus gefolgert werden, daß der Vater mit solchen Sachen, die er den Kindern hinterlassen hat, Handel zu treiben pflegte, wie uns Ulpian *L. 1. §. 3. D. h. t.* lehrt, wenn er sagt:

Si defunctus, dum viveret, res venales habuerit testamento tamen non caverit, ut distraherentur, abstinendum erit venditione: non enim utique, qui ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahendum putavit.

3) Wenn ein Dritter die Veräußerung zu fordern ein gegründetes Recht hat. Dahin gehört, a) wenn ein Pfandgläubiger sein Recht, welches ihm entweder noch von dem

Vater des Mündels, oder von einem Dritten, dessen Nachfolger der Minderjährige geworden ist, oder von dem Mündel selbst, mit Genehmigung der Obrigkeit, gegeben worden ist, an der ihm verpfändeten Sache geltend macht. Hierauf gehen schon die letzten Worte der Oration des Kaisers Severus *L.* 1. §. 2. *in fin. h. t.*

Si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exequetur, nihil novandum censeo.

Besonders aber gehören hierher noch folgende Gesetze:

L. 2. *C. Si adversus venditionem pignoris.* (II. 29.) Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Severae* et *Clementinae.* Rem, quam a patre vestro quondam creditor eius obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem: quod iuris est, etiam si extraneo successistis. Nam si creditor non bona fide versatus est, ipsum magis, vel tutores, seu curatores vestros, qui hanc venundari passi sunt, convenite. Dat. XIII. Kalend. Maii, *Sirmii.* CC. Conss. 294.

L. 1. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Imp. ANTONINUS A. *Manutiano.* Venditio quidem praedii, quod iure pignoris vel in causa iudicati captum et distractum est, ad Senatusconsultum, quod de non alienandis praediis pupillorum vel adolescentium, nisi auctore Praetore vel Praeside provinciae factum est, non pertinet: sed si etiamnum in ea aetate es, cui subveniri solet, aditus competens iudex, an te in integrum restituere debeat, praesente diversa parte, causa cognita dispiciet. PP. XIII. Kalend. Decembr. *Duobus Asperis* (*C. Julio II.* et *Caio Julio*) Conss. 212.

L. 7. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXV. ad Edictum.* Si pupillus dedit pignori res permissu Praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri? Sed dicendum est, *posse creditorem ius suum exsequi:* tutius tamen fecerit, si prius Praetorem adierit [34]).

b) Wenn der Vater, oder ein Anderer, den der Pupill beerbt hat, einem Dritten schon bey seinem Leben eine Sache versprochen, oder verkauft, aber noch nicht tradirt hatte.

L. 5. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *eodem.* Sed si pater stipulanti fundum spoponderit, successeritque pupillus in stipulatum, fortius dicetur, sine Praetoris auctoritate posse eum reddere. Idemque, et si iure hereditario alii successerit, qui erat obligatus.

§. 7. Eadem ratione et si parens fundum vendiderit, vel quis alius, cui pupillus successerit, potest dici, pupillum cetera venditionis (sc. traditionem) inconsulto Praetore posse perficere.

c) Wenn der Pupill, oder sein Vater das Grundstück cum pacto de restituendo, z. B. cum pacto addictionis in diem, oder de retrovendendo erworben hat, oder das Grundstück dem iuri retractus unterworfen ist [35]).

34) *Ant.* FABER in Jurispr. Papin. Scient. c. l. Illat. 87. pag. 914. hält die Worte: *tutius tamen fecerit* etc., für den Zusatz eines unwissenden Interpreten. Allein ohne hinreichenden Grund. Denn auch die *Basilica* Tom. V. pag. 128. lin. 1. haben: *ἀσφαλέστερον δὲ ἔστι προσελθεῖν με τῷ πραίτωρι.* i. e. *Tutius tamen fecero, si adiero Praetorem.* Die Worte gehen ja nicht auf den Tutor, sondern auf den Creditor.

35) *L. 2. C. de pactis inter emt. et venditor. compos.*

d) Wenn eine gerichtliche Caution zu leisten ist.

L. 28. §. 3. *C. de administr. tutor. vel curator.* Imp. IUSTINIANUS A. *Ioanni* PP. — Tutores vel curatores — licentiam ex hac nostra auctoritate habentes, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, *pro cautela litis* subsignare.

e) Wenn der Pflegbefohlne von einem großjährigen Socius zur Theilung einer gemeinschaftlichen Sache aufgefordert wird. Dieser Fall ist schon selbst in der Oratio SEVERI[36]) ausdrücklich ausgenommen, in welcher es heißt:

Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet.

Jedoch gilt dieses nur, wenn das praedium pro indiviso commune ist, und der Socius maior auf die Aufhebung der communio dringt. Ist also das praedium nur pro diviso commune, oder es ist nicht von einer Theilung, sondern bloßen Verpfändung der gemeinschaftlichen Sache die Rede, so ist ein obrigkeitliches Decret nöthig, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. 16. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXV. ad Edictum.* Communia praedia accipere debemus, si

(IV. 54.) *L.* 1. *C. Quando decret. opus non sit.* S. VOET ad Pand. h. t. §. 12. CUJACIUS Recitation. solemn. in tit. 71. Libri V. Cod. Quando decreto opus non est. *Jo. Jac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 11. pag. 551. besonders aber Desselben Comment. in Cod. ad Tit. LXXII. Lib. V. Quando decreto opus non sit. pag. 502. *Jo. a* SANDE Tr. de prohibita rerum alienatione. P. I. Cap. I. §. 3. nr. 18. et 19. et §. 7. nr. 104. und *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princ. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 23. Nr. VI.

36) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

pro indiviso communia sint: ceterum si *pro diviso* communia sint, cessante oratione, decreto locus erit [37]).

L. 8. §. *ult. D. h. t.* IDEM *libro II. de omnibus Tribunalibus.* An obligari communia possint? (sc. *pro parte minoris*) quaeritur. Sed non puto sine decreto obliganda: nam quod excepit oratio, ad hoc tantum pertinet, *ut perimatur communio*, non ut augeatur difficultas communionis.

Sind beyde Socii noch unmündig, so kann keiner auf die Theilung dringen. Ulpian sagt *L.* 7. *pr. D. h. t.*

Si pupillorum sint communia praedia, qui diversos tutores habent, videamus, an alienatio locum habere possit? Et cum provocatio necessaria sit, puto alienationem impediri: neuter enim poterit provocare, sed ambo provocationem exspectant. Item, si eosdem tutores habeant, multo magis quis impeditam alienationem dicet.

Vorzüglich gehört noch hierher das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian an Philippus.

L. 17. *C. de praediis et aliis reb. minor.* (V. 71.) Inter omnes minores nec commune praedium sine

37) In den *Basilicis* Tom. V. pag. 127. heißt es gerade umgekehrt: Ἐὰν μὴ διῃρημένος, ἀλλ' ἐξ ἀδιαιρέτου ἔχῃ ὁ ἄνηβος κοινὸν, χρεία τοῦ ἐγγράφου ψηφίσματος. i. e. *Si non pro diviso, sed pro indiviso praedium commune pupillus habeat, decreto opus est. Jo. Guil.* HOFFMANN Observat. variae s. Meletem. ad Pandect. Diss. XXIV. §. 5. hat durch eine Versetzung der Worte zu helfen gesucht. Der Scholiast pag. 148. Sch. n. hat das Gesetz richtig ins Griechische übertragen.

decreto Praesidis sententia Senatusconsulti distrahi patitur. Nam ad divisionis causam *provocante tantummodo maiore socio*, eius alienationem et sine decreto fieri iam pridem obtinuit. Dat. VII. Idus Decembr. CC. Conss.

VI. Soll eine dem Mündel verpfändete Sache, um zur Zahlung der darauf haftenden Schuld zu gelangen, veräußert, oder ein auf einer Sache des Mündels gültig constituirtes Pfandrecht einem andern Gläubiger überlassen werden, welcher mit seinem Gelde den ersten hypothekarischen Gläubiger abgefunden hat, oder sollen Grundstücke des Mündels blos verpachtet oder vermiethet werden; so ist in keinem dieser Fälle ein obrigkeitliches Decret erforderlich. In dem ersten darum nicht, weil die zu veräussernde Sache eine fremde Sache ist, die nicht dem Mündel, sondern dem Schuldner gehöret; im zweyten darum nicht, weil dem neuen Gläubiger kein neues Pfandrecht bestellet wird, sondern dieser in das Pfandrecht des ersten Gläubigers eintritt; in dem letztern Falle darum nicht, weil eine Verpachtung keine Veräußerung ist. Das Letzte bedarf keines weitern Beweises [38]). Ueber die zwey ersten Fälle aber giebt es besondere Gesetze.

L. 5. §. 3. *D. h. t.* ULPIANUS. *Lib. XXXV. ad Edictum.* Si fundus pupillo pigneratus sit, an vendere tutores possint? hunc enim *quasi debitoris*,

38) *L.* 30. *D. Locati.* Man vergleiche über Verpachtungen der Grundstücke des Mündels *Jo. a* SANDE Tr. de prohibita rerum alienatione. P. I. Cap. 1. §. 3. nr. 48. Gesterding im Archiv für die civilist. Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer B. IV. Nr. I. S. 1—5.

hoc est alienum vendunt [39]). Si tamen impetraverat pupillus vel pater eius [40]), ut iure dominii possideat, consequens erit dicere, non posse distrahi, *quasi praedium pupillare* [41]). Idemque est, et si fuerit ex causa damni infecti iussus possidere [42]).

L. 7. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *eodem.* Item videndum est, an et obligare ei rem possit? Et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioribus usuris [43]), valere obligationem, ut ius prioris creditoris ad sequentem transeat.

39) Ulpian äußert hier nach einem bey ihm öfters vorkommenden, und schon mehrmals bemerkten Redegebrauche, seine Meinung durch eine Frage ohne beygefügte Antwort. Sie ergiebt sich aber aus dem beygefügten Entscheidungsgrunde von selbst. S. den 32. Th. §. 1374. S. 344. f. Not. 25.

40) Scil. a Principe. *L.* 3. *C. de iure dominii impetrando.* (VIII. 34.)

41) *Quasi praedium pupillare* erklärt der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. V. pag. 147. Sch. y. ganz richtig so: ἐπειδὴ πουπιλλάριον λοιπὸν γέγονε τὸ πρᾶγμα; i. e. *quia nunc res pupillaris facta est.* Eben so wird auch in den vorhergehenden Worten das *quasi debitoris* erklärt: ἐπειδὴ τοῦ χρεώστου ἐστὶν, *quia debitoris est.*

42) Der griechische Scholiast c. l. erklärt diese Stelle so: ὥσπερ εἰ καὶ εἰς τὴν νομὴν τὴν δάμνι ἰνφέκτι πεμφθεὶς ὁ πούπιλλος, ἐπέμφθη καὶ εἰς τὴν β'. νομὴν, ἐφ' ᾧ δεσπόσαι τῆς οἰκείας τοῦ γείτονος· οὐδὲ γὰρ ταύτην δύναται λοιπὸν ὁ ἐπίτροπος ἐκποιεῖν. i. e. *Idemque si pupillus in possessionem missus ex causa damni infecti, et ex hac causa secundo mittatur, ut* DOMINUS *fiat aedium vicini: nam et eas vendere tutor postea non poterit.*

43) Es dürfen also nicht höhere Zinsen stipulirt, und dadurch die Schuldenlast erschwert worden seyn.

Ein Anders ist, wenn ein Pfandrecht auf einer Sache des Pupillen constituirt werden soll, welche bisher noch nicht verpfändet war, und der Vormund das ihm vom Gläubiger dargeliehene Geld dazu verwendet hat, um einen andern Gläubiger damit abzufinden, der auf einer andern Sache des Mündels ein Pfandrecht hatte. Hier kann der Vormund dem neuen Gläubiger kein Pfandrecht ohne Genehmigung der Obrigkeit geben. Ist es dennoch geschehen, so ist die Verpfändung nach dem strengen Rechte ungültig. Denn hier ist eine andere Sache verpfändet worden, nicht dieselbe, auf welcher der abgefundene Gläubiger ein Pfandrecht hatte. Ist indessen die Sache des Minderjährigen dem Gläubiger zum Unterpfande tradirt worden; so kann derselbe wenigstens die Sache retiniren, und sich mit der **exceptio doli** schützen, wenn der Minderjährige die Sache aus dem Grunde, daß die Verpfändung nichtig sey, zurückfordert, weil es gegen Billigkeit und Redlichkeit streitet, dem Gläubiger das Geld nicht wieder zu bezahlen, womit eine andere Sache des Minderjährigen von dem darauf haftenden Pfandrechte freygemacht, und also derselbe bereichert worden ist. Diesen Fall trägt Ulpian in Verbindung mit dem vorigen *L.* 7. §. 5. *h. t.* vor:

Si obligavit rem tutor *sine decreto*, quamvis obligatio non valeat, est tamen *exceptioni doli* locus, sed tunc, quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor [44]).

§. 1383.

Erfordernisse einer rechtsgültigen Alienation von Pupillengütern.

Soll nun die Veräußerung auf eine rechtsgültige Art geschehen; so wird dazu erfordert, 1) daß eine rechtmäßige

44) Man vergleiche über beyde Gesetzstellen Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIII. Not. a. et b. pag. 163.

Ursache vorhanden seyn. Für eine solche ist aber nur diejenige zu halten, welche die Veräußerung nothwendig macht. Um aber von dem Daseyn derselben versichert zu seyn, muß 2) die Obrigkeit eine förmliche Untersuchung darüber anstellen, welche zugleich sowohl auf die Beschaffenheit der zu veräußernden Sache, als auf die Art der Veräußerung selbst zu richten ist, wie §. 1385. lehren wird. Ist alles gehörig untersucht, so muß nun 3) noch ein ordentliches Veräußerungsdecret, und zwar von der competenten Obrigkeit, ertheilt werden. Dieses allein ist also nicht hinreichend, denn ohne vorhergegangene Untersuchung würde das Decret nichtig, und für erschlichen zu halten seyn, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Carus, Carinus, und Numerianus an den Caro erhellet.

L. 6. C. de praediis et aliis reb. minor. **Minorum possessionis venditio, per procuratorem delato ad Praetorem vel Praesidem provinciae libello, fieri non potuit: cum ea res confici recte aliter non possit, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferant, decretum solemniter interponatur. S. Non. Maii, Caro et Carino AA. Conss. 283.**

Auf diese Nothwendigkeit einer förmlichen Untersuchung, und nicht gerade auf die angegebene Veräußerungs-Ursache ist auch wohl, nach der richtigern Erklärung und Interpunction, die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian zu beschränken, welche in der *L. 12. C. eodem* an den Leontius folgendermaßen rescribiren:

Ob aes alienum, tantum causa cognita praesidali decreto praedium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur. Dat. 11. Kalend. Maii Heracliae, CC. Conss.

Nach dieser Interpunction ist also das tantum nicht auf die vorhergehenden, sondern nachfolgenden Worte zu beziehen, wie Andr. Alciatus[45]), Franz Duarenus*), Elb. Leoninus[46]), Ludw. Russardus[47]), und auch Joh. Voet[48]) dieses Rescript verstanden haben. Diese Erklärung wird auch durch die Griechen unterstützt. Denn in den Basiliken[49]) heißt es: *Διὰ χρέος ἐπικείμενον, δυνάται πιπράσκεσθαι ὀρφανικὸν πρᾶγμα, μετὰ ἀποφάσεως δηλονότι.* i. e. *Ob urgens aes alienum, vendi res pupillaris omnino potest cum decreto.* Und dieses erklärt der griechische Scholiast[50]) folgendermaßen: *Μὴ εἴπῃς διὰ χρέος μόνον· καὶ γὰρ κἂν μὴ διὰ χρέος, ἀλλὰ τυχὸν ὅτι οὐκ εἶχεν ἀλλαχόθεν ἀποτραφῆναι, καλῶς ἡ πράσις γένεται.* i. e. *Ne dixeris, ob aes alienum tantum: nam et si non ob aes alienum, sed forte ob victus rationem, qui aliunde parari non possit, recte fit venditio.*

§. 1384.

Rechtmäßige Ursachen der Veräußerung.

Es muß also 1) eine rechtmäßige Veräußerungs-Ursache vorhanden seyn, das heißt eine solche, welche eine Nothwendigkeit der Veräußerung herbeyführt. Für eine solche erkennen die Gesetze vorzüglich dringende nicht

45) Dispunction. Lib. IV. Cap. 5.

*) Comm. in Tit. 34. Lib. II. Cod. Si adv. dotem. (*Opp.* pag. 103.)

46) Emendation. Lib. III. Cap. 3. nr. 6. et 7.

47) In edit. sua Cod. ad h. L. not. h.

48) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6. et 8.

49) *Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 53. Tom. V. Fabroti pag. 141.

50) Loc. cit. *Schol. s.* pag. 160.

unbedeutende Schulden. Schon in der Oration des Kaisers Severus[51]) heißt es: *Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi* etc., und zwar wird hier die Schuldenlast nur allein als eine rechtmäßige Veräußerungsursache genannt. Es wird aber dabey vorausgesetzt, 1) daß die Gläubiger auf die Bezahlung dringen[52]), 2) daß die Schuld aus andern Mitteln, nämlich aus der vorhandenen Baarschaft oder aus dem Vorrath von Früchten, und sonstigen Einkünften, oder ausstehenden leicht zu erhebenden Schuldforderungen, nicht getilgt, noch die Gläubiger zur Geduld bewogen werden können, welches alles die Obrigkeit vor Ertheilung des Decrets gewissenhaft zu untersuchen hat. Ulpian sagt *libro XXXV. ad Edictum*[53]):

Non passim tutoribus *sub obtentu aeris alieni* permitti debuit venditio: neque enim est eis via distractionis tributa, et ideo Praetori arbitrium huius rei Senatus dedit, cuius officio in primis hoc convenit excutere an aliunde possit pecunia ad extenuandum aes alienum expediri. Quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus, quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis, vel etiam in redituum spe atque obventionum. — Si igitur deprehenderit, non posse aliunde exsolvi, quam ex praediorum distractione, tunc permittet distrahi, *si modo urgeat creditor*,

51) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

52) S. Voet Comm. h. t. §. 7. und *Jo. a* Sande de prohibita rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 56—59.

53) *L.* 5. §. 9. *D. h. t.*

aut *usurarum modus parendum aeri alieno*[54]) *suadeat.*

Die letztern Worte lehren, daß wenn auch die Gläubiger nicht gerade auf die Bezahlung dringen, dennoch schon die drückende Zinsenlast die Bezahlung einer Schuld kann dringend, und also eine Veräußerung nothwendig machen. Daß aber auch die Schuldenlast nicht unbedeutend seyn dürfe, sagt Ulpian in der angeführten Stelle ausdrücklich, wenn er §. 10. die Obrigkeit anweißt, bey Ertheilung des Decrets darauf zu sehen: *ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur.*

Sollten denn aber wirklich nur dringende Schul-

54) Haloander, und der ihm fast überall folgende *Lud.* Miraeus lesen *carendum aere alieno.* Allein der große Literator *Guil. Ott.* Reitz in Annotation. Sporad. in fin. (in Püttmanni Opusc. iurid. ex Observation. Miscellan. Batav. in un. volum. collectis. (*Hallae* 1782. 8. pag. 158.) hält nichts für so gewiß, als daß *parcendum* gelesen werden müsse. Der Sinn soll freylich wohl seyn, aut graves usurae aes alienum dissolvere iubeant. In den Basilicis c. l. Tom. V. pag. 126. Const. 5. §. 5. wird auch wirklich der Ausdruck gebraucht, *πληρῶσαι τὸ χρέος*, welches so viel heißt, als dissolvere *aes* alienum, und nun werden die beyden Ursachen angeführt, welche die Tilgung der Schuld nothwendig machen, 1) wenn der Gläubiger auf die Bezahlung dringt; *καὶ ἐπικειται ὁ δανειστὴς*, und 2) wenn die Zinsen zu drückend sind: *ἢ οἱ τόκοι βαροῦσιν.* Die meisten Rechtsgelehrten bleiben jedoch bey der gemeinen Lesart *parendum*, und *Adr.* Turnebus Adversarior. Lib. XXXIII. Cap. 35. erklärt nach dieser Lesart das *parere aeri alieno* so: Is *parere* dicitur *aeri alieno*, sagt er, qui se ei imparem sentit et fatetur, nec diutius eius usuris gravari vult, sed mavult solvere.

den allein die Obrigkeit berechtigen können eine Veräußerung zu erlauben? Ulpian[55]) sagt es freilich wiederholend, non passim distrahi iubere Praetori tributum est, *sed* ITA DEMUM, *si urgeat aes alienum;* und fügt die drohende Folge hinzu: Proinde et si permiserit, *aere alieno non allegato*, consequenter dicemus, *nullam esse venditionem, nullumque decretum.* Eben so sprechen die Kaiser Diocletian und Maximian in der schon oben vorgekommenen *L.* 12. *C. de praediis et aliis reb. minor.* so wie die Kaiser Constantinus A. und Constantinus C. in der *L. ult. C. eod.* von dieser Veräußerungs-Ursache auf eine Art, als ob es die einzige rechtmäßige Ursache sey. In jener Constitution hieß es: *Ob aes alienum* TANTUM causa cognita etc. und die letztere lautet so:

Si minores, vel ex patris nomine, vel ex suo, *debitis* DUNTAXAT *fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii:* decreti interpositio a Constantiniano Praetore celebranda est, probatis examinatisque causis, ut patefacta rerum fide, firma venditio perseveret. Dat. XII. Kalend. Januar. PROBIANO et JULIANO CONSS. 322.[56]).

55) *L.* 5. §. 14. *D. h. t.*

56) Diese Constitution, welche in den bisherigen Ausgaben des Theodosianischen Codex fehlte, ist nun aus einer Turiner rescribirten Handschrift von Peyron wieder restituirt worden, nur schade, daß die Inscription und Subscription verloren gegangen ist. Die restituirte Constitution selbst befindet sich in WENCK Cod. Theod. libr. V. prior. Lib. III. Tit. 21. *de praediis minorum sine decreto non alienandis.* Const. 2. pag. 197—200. mit vielen gelehrten Anmerkungen desselben.

Man könnte nun zwar sagen, daß die angeführten Gesetze gerade von der Veräußerung solcher Grundstücke sprächen, welche die Oration des Kaisers Severus verboten hatte, wenn nicht auch Kr. Constantin in der oben angeführten Constitution alles, was vom Decret der Obrigkeit nach dem ältern Rechte galt, auch bey der Ausdehnung jenes Veräußerungsverbots auf alle unbewegliche und bewegliche Sachen der Pupillen und Pflegbefohlnen in den Worten: *nisi hac forte necessitate et lege, qua rusticum praedium atque mancipium vendere, vel pignorare — licebat*, ausdrücklich beobachtet wissen wollte. Daher wird auch in der letzten Constitution der beyden Constantine keiner besondern Art von Sachen mehr gedacht. Dennoch aber können jene Gesetze so ausschließend nicht verstanden werden, als sie gefaßt sind, wie auch schon Cujaz[57]) bemerkt hat, ob ich gleich in der Geschichte dieser Rechtslehre (§. 1381. b.) der Wortfassung folgte.

Denn es ist schon oben (S. 27.) erinnert worden, daß das Wort *tantum* in der *L.* 12. nach der Erklärung der meisten Rechtsgelehrten nicht auf *aes alienum*, sondern auf die nachfolgenden Worte *causa cognita* zu beziehen sey, welches Erforderniß auch seiner unerläßlichen Nothwendigkeit wegen besonders in der *L. ult.* hervorgehoben wird, wenn es daselbst heißt: *probatis examinatisque causis*, oder wie die Turiner Handschrift liest: *probatis* EXAMUSSIM *causis*. Das Wort *duntaxat* aber wird zwar gewöhnlich in der exclusiven Bedeutung von tantum oder solum genommen; es heißt aber auch

57) Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 37. Lib. V. de adm. tutor vel curat. ad L. 22. circa fin.

soviel als **scilicet**[58]), in welcher Bedeutung es auch füglich hier genommen werden kann, wenn man nicht mit Gerh. Noodt[59]) annehmen will, es stehe hier überflüssig, und habe gar keine bestimmte Bedeutung, wovon Salmasius[60]) mehrere Beyspiele angeführt hat. Sollte aber der Ausleger dieses, wie billig, zu hart finden, so mag er das Wort **duntaxat** immerhin auch hier in seiner gewöhnlichen Bedeutung nehmen, denn offenbar bezieht es sich nicht auf **debita fiscalia, vel privata**, sondern auf **debita *urgentia***, so daß der Sinn ist, nicht wegen einer jeden Schuld, sie sey eine fiskalische oder Privatschuld, dürfe die Obrigkeit ein Veräußerungsdecret ertheilen, sondern nur dann, wenn es dringende Schulden (**debita *urgentia***) sind[61]).

Daß jedoch die rechtmäßigen Veräußerungs=Ursachen wirklich nicht blos auf dringende Schulden allein beschränkt werden können, erhellet schon daraus, weil die Gesetze selbst Fälle angeben, wo auch andere Ursachen die Nothwendigkeit einer Veräußerung herbeyführen können. So kann die Bestellung einer Brautgabe einen Verkauf von Sachen der Mündel nothwendig machen, wenn anders die Ehe nicht zu Stande kommen kann[62]). Eben so kann ferner die Weitläuftigkeit eines Prozesses, der damit verbundene Kostenaufwand, und der zweifelhafte Ausgang desselben die Nothwendigkeit eines Vergleichs veranlassen[63]).

58) S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Dumtaxat.*
59) Comm. ad Dig. h. t. §. *Altera talis est.* pag. 587.
60) Nott. ad Vopiscum *in vita Probi.* Cap. 16.
61) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8. in fin.
62) *L.* 61. §. 1. *D. de iure dot.*
63) *L.* 4. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

Daß auch Mangel am nöthigen Unterhalte des Pflegbefohlnen eine Veräußerung rechtfertige, darin sind alle einverstanden[64]).

Um diese verschiedenen Gesetze mit einander zu vereinigen, behaupten mehrere[65]) durch die Oration des Kaisers Severus sey zwar bey der Veräußerung der **praediorum rusticorum** und **suburbanorum**, welche dadurch den Vormündern verboten wurde, nur dringende Schuldenlast allein, als rechtmäßige Veräußerungs-Ursache gebilliget worden; allein mit der Erweiterung dieses Verbots habe man durch Interpretation die Veräußerung auch wegen anderer Ursachen der Nothwendigkeit erlaubt.

Ob um des bloßen Nutzens willen eine Veräußerung zu gestatten sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige[66]) wollen diese Frage bejahen, weil wenn man die

64) S. *Jo. a* Sande P. I. Cap. I. §. 4. nr. 62. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 5. und Desselben Diss. de alienatione rerum, quae minorum sunt. Th. 30. besonders *Pet.* Müller ad *Struvium* P. II. Exercit. XXXI. Th. 84. Not. ζ. pag. 603. Man vergleiche auch *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 14. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. III. §. 684. und Just. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 162.

65) S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 37. Libri V. Const. 22. pag. 399. (*Francof.* 1605. 4.) *Jo. a* Sande c. l. §. 61. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitation. in Pand. P. I. Diss. LIII. Th. 14. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. c. l. pag. 586. sq. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVII. Not. f. pag. 163. Man vergleiche jedoch Voet h. t. §. 8. circ. fin.

66) Montanus Tr. de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 450.

Rechtmäßigkeit der Veräußerung blos an die Ursachen der Nothwendigkeit knüpfen wollte, hieraus in den meisten Fällen den Pflegbefohlnen der größte Schaden erwachsen würde. Nun erlaube aber weder Recht noch Billigkeit, dasjenige, was heilsam zum Besten der Menschen eingeführt worden ist, durch eine härtere Erklärung gegen den Nutzen derselben in Strenge zu verwandeln. Dieß sey der klare Ausspruch der Gesetze[67]). Allein den Gesetzen ist diese Meinung dennoch nicht gemäß. Nach der ausdrücklichen Vorschrift derselben soll um des bloßen Nutzens willen keine Veräußerung gestattet werden. Ulpian hat diese Frage so bestimmt entschieden, daß kein Zweifel übrig seyn kann. Er sagt *L.* 5. §. 14. *D. h. t.*

Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent, *expedire haec praedia vendi*, et vel alia comparari, vel certe istis carere, videndum est, an Praetor eis debeat permittere? *Et magis est, ne possit.*

Nicht einmal alsdann soll die Veräußerung erlaubt werden, wenn auch der **fundus papillaris** schlechtes Land und unfruchtbar seyn sollte, wie Paulus *L.* 13. *pr. D. h. t.* durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus bestätiget. Er wirft daselbst die Frage auf:

Si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens, videndum est, an alienare eum non possit? Et Imperator ANTONINUS et divus pater eius in haec verba rescripserunt: *Quod allegastis, infructuo-*

Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXXI. Th. 84. *Jo.* Voet Comm. h. t. §. 8. und *Jo. Ern. Just.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 614.

67) *L.* 25. *D. de Legib.* *L.* 6. *C. eod.* (I. 14)

sum esse fundum, quem vendere vultis, movere nos non potest, quum utique pro fructuum modo pretium inventurus sit.

Es kann zwar freylich nicht geleugnet werden, daß durch diese Strenge der Gesetze den Pflegbefohlnen mancher Vortheil entgehen kann, den sie vielleicht hätten machen können; dennoch aber ist dadurch im Ganzen für das Beste der Mündel und die Erhaltung ihrer Güter besser gesorgt, weil, wenn man der Obrigkeit hätte erlauben wollen, um jedes vermeintlichen Nutzens willen eine Veräußerung zu gestatten, allerdings zu befürchten wäre, daß der heilsame Zweck des Veräußerungsverbots nach und nach ganz vereitelt, und am Ende bei der Veräußerung der Mündel-Güter die Ertheilung des obrigkeitlichen Decrets auf eine leere Förmlichkeit hinauslaufen würde. Wenn also nicht die besondern Landesgesetze und Vormundschaftsordnungen [68]) die Veräußerung auch wegen eines erheblichen und augenscheinlichen Nutzens zulassen, muß es bey der Vorschrift des gemeinen Rechts bleiben, worin auch die meisten Rechtsgelehrten [69]) mit einander übereinstimmen.

68) Z. B. das Baierische Landrecht. 1. Th. 7. Kap. §. 13. Nr. 4. Chur-Braunschweig. Landes-Ordnungen. Kap. II. S. 645. f. Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 555. Fränkische Landgerichts-Ordnung 3. Th. Tit. XV. §. 2. und Tit. XVI. §. 2. Chursächsische Vormundschafts-Ordnung. Kap. XVI. §. 1. Schwarzburg. V. O. Kap. 24. u. a. Es kann also wohl nur in Beziehung auf diese besondern Landesgesetze verstanden werden, wenn Mittermaier in den Grds. des gemeinen deutschen Privatrechts §. 374. sagt, daß auch der Nutzen des Pupillen ein hinreichender Grund zur Veräußerung seyn könne.

69) *Jo. a* Sande cit. Tr. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 63. *Andr.*

Eine Veräußerung, welche blos des Vortheils wegen geschehen ist, muß daher, wo nicht die Landesgesetze sie zulassen, auch noch heut zu Tage für nichtig erklärt werden, wenn sie auch durch ein obrigkeitliches Decret bestätiget worden ist[70]). Es ist auch gleichviel, ob die veräußerten Sachen unbewegliche oder bewegliche Sachen von Werth sind, obwohl in Ansehung der letztern mehrere Rechtsgelehrten[71]) eine entgegengesetzte Ansicht haben.

§. 1385.

2) Obrigkeitliche Untersuchung. Worauf ist sie zu richten?

Zur Gültigkeit der Veräußerung wird nun auch 2) eine förmliche Untersuchung erfordert. Diese **causae cognitio** gehörte bey den Römern für die höhern Obrigkeiten. In den Gesetzen werden deswegen blos der Prätor und der Präses der Provinz, als die für diese Unter-

Fachinaeus Controv. iuris Lib. III. Cap. 3. *Ulr.* Huber Praelection. ad Pand. h. t. §. 4. et 5. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 6. *Jo. Henr.* Berger Supplem. ad Electa Disceptat. for. Tit. XXXIX. Observ. XVII. pag. 400. sq. und Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. 4. Th. 11. pag. 211. (edit. *Haubold.*) besonders Dav. Ge. Struben rechtl. Bedenken. 2. Th. Bed. CIV. S. 387—392. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. Medit. 1. u. m. a.

70) S. *Gottl.* Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1574. Not. a. Albr. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. (der 3. Aufl.)

71) *Sam.* Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 3. *Just. Henn.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 19. und Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 306. S. 577.

suchung competente Behörde genannt, welche sie keinem Stellvertreter übertragen konnten, wenn sie auch ihre Jurisdiction mandirten [72]). Diesen wird sie daher zur besondern Pflicht gemacht, und ihrer Wichtigkeit wegen in den Gesetzen [73]) ganz vorzüglich hervorgehoben. Um so mehr hat sich's auch Ulpian [74]) angelegen seyn lassen, hierüber das richterliche Amt auf das genaueste zu unterweisen. Heut zu Tage ist diese Befugniß ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wenn nicht nach der besondern Verfassung des Landes diese Angelegenheit an ein besonderes vormundschaftliches Gericht (Pupillen-Collegium) verwiesen ist, und steht dem Richter zu, welcher den Vormund bestellt, oder bestätiget hat [75]). Dieser ist auch dem Pflegbefohlnen dafür verantwortlich, wenn er bey der Untersuchung nicht pflichtmäßig verfährt, dahingegen die oben genannten römischen Behörden gerade solche waren, gegen welche die **actio subsidiaria adversus Magistra-**

72) *L.* 2. §. 1. *D. de officio eius, cui mandata est iurisd.* (l. 21.) Ulpianus *Libro III. de omnibus Tribunalibus.* Si tutores vel curatores velint praedia vendere, *causa cognita id Praetor vel Praeses permittet:* quodsi mandaverit iurisdictionem, nequaquam poterit mandata iurisdictione eam quaestionem transferre. Man vergleiche noch die *L.* 1. *L.* 6. *C. de praediis et aliis reb. minor.* (V. 71.)

73) *L.* 6. *L.* 12. *L.* 18. *C. de praed. et al. reb. min. L.* 3. *C. Si quis ignorans rem min. esse.* (V. 73.)

74) *L.* 5. §. 9—11. *D. h. t.* S. Just. Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 162. und 163.

75) S. Claproth's Rechtswiss. von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 161. S. 324. und Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 306. S. 576.

tum nicht zulässig war. Ueberhaupt ist aber diese Untersuchung auf drey Gegenstände zu richten, nämlich **a**) auf die Ursache der Veräußerung, b) auf den dazu auszuwählenden Gegenstand, und c) auf die Art der Veräußerung.

Wenn also um die Erlaubniß zur Veräußerung von Pupillengütern nachgesucht wird, so darf sich der Richter auf die bloße Angabe der Vormünder, daß eine Ursache der Nothwendigkeit vorhanden sey, nie verlassen. Giebt also der Vormund dringende Schulden als Ursache an, so muß sich der Richter vor allen Dingen erkundigen, ob die Gläubiger wirklich auf die Bezahlung dringen, und dieselben zur Geduld zu bewegen versuchen. Ist dieser Versuch fruchtlos gewesen, so muß sich der Richter aus den Rechnungen und dem Verzeichniß über den Vermögens-Bestand des Mündels nachweisen lassen, daß es an Baarschaften, zahlbaren Forderungen, Naturalvorräthen, und zu hoffenden gewissen Einkünften gänzlich fehle, um die gegenwärtige Nothwendigkeit der Zahlung, oder auch des Unterhalts, und sonstiger Bedürfnisse zu bestreiten. Da hier den Vormündern nicht immer zu trauen ist, so muß der Richter zugleich die nächsten Verwandten des Mündels, oder treue Freunde desselben, oder solche Personen, welche von den Verhältnissen des Mündels genau unterrichtet sind, zu Rathe ziehen, und immer nur im Falle einer vorhandenen Nothwendigkeit die Veräußerung gestatten. Ulpian belehrt hierüber den Richter folgendermaßen.

L. 5. §. 11. *D. h. t.* **In primis igitur, quoties desideratur ab eo, ut permittat**[76]**) distrahi, requi-**

76) Die florentinischen Pandecten lesen zwar *remittat.* Allein die Lesart *permittat*, welche Haloander, und die meisten Ausgaben haben, ist wohl unstreitig richtiger.

rere debet eum, qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia asseverare Praetori solent, necesse esse distrahi possessiones vel obligari. Requirat ergo necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium, qui notitiam rerum pupillarium habet: aut si nemo inveniatur, aut suspecti sint, qui inveniuntur, iubere debet edi rationes, itemque synopsin[77]) bonorum pupillarium, advocatumque pupillo dare, qui instruere possit Praetoris religionem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat[78]).

Hieraus erklärt sich nun, wenn die Kaiser Carus, Carinus und Numerianus in der *L.* 6. *C. de praed. et aliis reb. min.* rescribiren: die Veräußerung könne anders nicht erlaubt werden, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferant.

77) Die Lesart Haloanders: *Itemque, si opus sit*, pupillarium bonorum advocatum pupillo dare, ist wohl offenbar unrichtig, und vom *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. IV. Cap. 3. (in Ottonis *Thes. Jur. Rom.* Tom. IV. pag. 1531.) mit Recht verworfen worden. Auch in den *Basilicis Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 5. §. 6. Tom. V. Fabroti pag. 126. heißt es: *καὶ τὴν σύνοψιν τῆς οὐσίας*, i. e. *et inventarium bonorum. Jac.* Cujacius Observation. Lib. VIII. cap. 1. erklärt das Wort *Synopsis* durch brevis descriptio bonorum pupillarium. Ulpian braucht in eben dieser Bedeutung auch das griechische Wort ἀναγραφὴ in der *L.* 15. *pr. D. de rebus auctor. iud. possidend.* (XLII. 5.)

78) Die Nothwendigkeit der Bestellung eines solchen Beystandes fällt h. z. T. weg. S. Claproth angef. Rechtswissenschaft. §. 163. S. 328.

Soviel hiernächst den **Gegenstand der Veräußerung** betrifft, so hat der Richter darauf zu sehen, daß eine solche Sache gewählt werde, die der Pflegbefohlne am ersten entbehren, und durch deren Veräußerung der gegenwärtigen Nothdurft abgeholfen werden kann. Ehe er also seine Einwilligung zur Veräußerung eines Grundstücks giebt, muß er sehen, ob nicht unter den beweglichen Sachen des Mündels ein solcher Gegenstand befindlich ist, und zwar muß immer zuerst das Geringere, oder das dem Mündel weniger Nützliche gewählt werden[79]). **Ulpian** äußert sich hierüber *L.* 5. §. 9. *h. t.* folgendermaßen:

Item requirat, num aliae res sint praeter praedia, quae distrahi possint, ex quorum pretio aeri alieno satisfieri possit.

§. 10. Sed si sit alia possessio minor, vel minus utilior pupillo, magis eam iubere distrahi, quam maiorem et utiliorem.

Endlich muß auch eine solche Art der Veräußerung gewählt werden, bey welcher die Rechte des Mündels an der Sache soviel möglich erhalten werden können, und welche also dem Mündel am wenigsten nachtheilig ist. Es muß also berücksichtiget werden, ob nicht etwa durch eine bloße Verpfändung, oder, wenn ja der Verkauf nicht abzuwenden ist, ob nicht etwa durch Beyfügung des **pactum de retrovendendo** dem Pflegbefohlnen die Sache erhalten werden kann.

L. 5. §. 10. *D. h. t.* **Item Praetor aestimare**

79) S. *Jo. a* Sande de prohibita rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 66. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 330.

debebit, utrum vendere potius, an obligare permittat.

Ist gegen Verpfändung ein Darlehn aufzunehmen, so darf der Richter keine größere Summe aufzunehmen erlauben, als die Bestreitung der Nothdurft erfordert. Ulpian sagt ebendaselbst:

Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum.

Der Richter darf es nun eigentlich nicht dem Vormunde anheimstellen, ob er verkaufen oder verpfänden will, sondern er muß dieses ausdrücklich bestimmen, und der Vormund muß sich nach der Vorschrift des Richters genau richten. Denn überschreitet er sie, so handelt er nichtig. Ulpian sagt *L. 7. §. 3. D. h. t.*

Si Praetor tutoribus permiserit vendere, illi obligaverint, vel contra, an valeat, quod actum est? Et mea fert opinio, eum, qui aliud fecit, quam quod a Praetore decretum est, nihil egisse.

Sollte der Richter dem Vormunde überlassen haben, ob er den ausgewählten Veräußerungs-Gegenstand verkaufen, oder verpfänden wolle; so ist zwar der Vormund freylich durch das Decret gedeckt, wenn er sich der ihm gestatteten Wahl bedient. Allein die Gesetze billigen dieses Verfahren nicht, wie aus folgender Stelle Ulpians erhellet:

L. 7. §. 4. D. h. t. **Quid ergo, si Praetor ita decreverit:** ***vendere obligareve permitto,*** **an possit liberum arbitrium habere, quid[80]) faciat?** ***Et ma-***

80) Die florentinischen Ausgaben lesen *qui;* allein Haloander,

gis est, ut possit, dummodo sciamus, Praetorem non recte partibus suis functum: debuit enim ipse statuere, et eligere, utrum magis obligare, an vendere permittat.

Vorzüglich hat nun auch die Obrigkeit noch dafür zu sorgen, daß das darlehnsweise aufgenommene, oder aus dem Verkaufe gelöste Geld seinem Zweck gemäß auch wirklich verwendet werde, welches Ulpian dem Richter noch zur besondern Pflicht macht.

L. 5. §. 13. *D. h. t.* Ne tamen titulo tenus tutores aere alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuam acceperunt, oportebit Praetorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur, et de hoc decernere, dareque viatorem, qui ei renuntiet, pecuniam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata est alienatio vel obligatio.

War dringender Schulden wegen eine Veräußerung nöthig, so ist wohl das Sicherste, wenn das Geld den Gläubigern in den Gerichten bezahlt, und von diesen der Empfang im Protocoll bescheiniget wird[81]).

§. 1386.

Ertheilung eines obrigkeitlichen Decrets.

Hat sich nun der Richter von der Nothwendigkeit einer Veräußerung überzeugt; so wird noch zuletzt 3) zur Gültigkeit derselben erfordert, daß ein ordentliches

Hugo a Porta, Merlin, Baudoza, und alle andere Ausgaben, die ich verglichen habe, lesen *quid*, welches unstreitig richtiger ist.

81) S. Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywill. Gerichtshandlungen. §. 166.

Veräußerungs-Decret ertheilt werde[82]). Dieses Decretum de alienando enthält den Ausspruch des competenten Richters, wodurch derselbe, nach vorher angestellter Untersuchung der Umstände, die Veräußerung ausdrücklich genehmiget. Das Decret muß also von der competenten Obrigkeit ertheilt werden. Wer aber diese sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Bey den Römern waren blos der Prätor und der Präses der Provinz die für die Ertheilung des Decrets competente Behörden[83]). Welche sind es aber jetzt? Eigentlich kann wohl nur competent diejenige Obrigkeit sein, welche die Obervormundschaft führt, und dieses ist denn auch wohl keine andere, als eben diejenige, welche die Vormundschaft angeordnet hat[84]). Mir scheint dieses auch die Meinung

82) *L.* 6. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Decretum solenniter interponatur. *L.* 22. *C. de admin. tutor.* S. *Hulder. ab.* Eyben Discurs. iurid. de decreto in alienandis minorum caeterarumque his similium personarum rebus necessario. (in *Eius* Script. iurid. cum praefat. *Jo. Nic.* Hertii *Argentorati* 1708. f. editt. P. II. pag. 369 — 378.) und *Car. Frid.* Weinhold Disp. super decreto in alienandis rebus minorum interponendo. *Lipsiae* 1775. 4.

83) *L.* 1. *L.* 6. *L.* 9. *L.* 10. 12. 13. 14. 16. 17. 18. *C. de praediis et aliis reb. minor.*

84) S. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5. Just. Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 161. Albr. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. der dritt. Ausg. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 521. *Gottl.* Hufeland's Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. B. §. 1574. und Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 306. S. 576.

der Gesetze zu seyn. Es gehören hierher vorzüglich folgende Gesetzstellen.

L. 5. §. 12. *D. h. t.* ULPIANUS *Libro XXXV. ad Edictum.* Illud quaeri potest: Si Praetor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat, quod fecit? Et putem valere, *si modo tutela Romae agebatur*, et hi tutores eam quoque administrationem subierant.

L. 16. *C. de praed. et aliis reb. minor.* (V. 71.) Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. *Eutichiae.* Si praedium rusticum vel suburbanum — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta *sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est,* vendidisti etc.

Die Streitfrage betrifft nun eigentlich den Fall, wenn die zu veräußernden Güter des Mündels außer dem Gerichtsbezirke der Obrigkeit des Wohnorts liegen. Hier glauben viele [85]), es sey gleichviel, welche von beiden Obrigkeiten das Decret ertheile. Es sey daher auch der Richter competent, in dessen Gerichtsbezirke die zu veräußernden Sachen liegen. Zur Unterstützung dieser Meinung beruft man sich auf die angeführten Gesetze. Andere [86])

85) *Huld. ab* EYBEN cit. Diss. Th. XI. (*Scriptor.* pag. 372.) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 8. STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XXXI. Th. 84. *Pet.* MÜLLER ad *Eundem* not. λ. *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. 4. Th. XI. (Tom. I. pag. 212. edit. *Haubold.*) *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. IV. Observ. 568. WEINHOLD Disp. cit. §. 11. Dieser Meinung ist auch HELLFELD.

86) *Jo. a* SANDE de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 5. nr. 70. et 71.

unterscheiden, ob die Vormundschaft ungetheilt oder getheilt verwaltet wird. Im ersten Falle habe der Vormund die Wahl, von wem er sich das Decret will ertheilen lassen, ob von dem Richter des Wohnorts, oder der gelegenen Sache. In dem letztern Falle hingegen könne nur der Richter das Decret ertheilen, in dessen Gerichtsbezirke das zu veräußernde Grundstück liegt. Allein zu Folge des aufgestellten Grundsatzes kann dem Vormunde nie die Wahl gestattet werden, es kann daher der **iudex rei sitae** nur dann für competent gehalten werden, wenn der Vormund von diesem Richter die Administration derjenigen Güter durch eine Theilung der Vormundschaft erhalten hat, zu welchen die zu veräußernde Sache gehört [87]). Die Meinung derjenigen [88]), welche blos den **iudex rei sitae** für competent halten, ist also den Gesetzen eben so wenig gemäß, als wenn andere [89]) behaupten, es müsse ein Decret von beyden Richtern eingeholt werden.

Eine andere Frage ist, ob das Decret noch vor der Veräußerung ertheilt werden müsse, oder ob es auch noch nachher erlassen, und dadurch die ungültige Veräußerung getheilt werden könne? Auch darüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Soll freilich das Decret

87) Man vergleiche noch die *L.* 27. *pr. D. de tutor. et curator. dat.* und *L.* 21. §. 2. *D. de Excusation.* S. auch Thibaut Syst. §. 521.

88) S. Montanus de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 55. pag. 386.

89) S. *Ant.* Perez Praelection. in Codicem Lib. V. Tit. 71. §. 8. *Ant.* Gomez variar. Resolution. iuris civ. T. II. cap. 14. *Ern.* Gothmann Consil. acad. Cons. XIII. nr. 4. *Ant.* Matthaei de Auctionib. Lib. I. cap. 7. nr. 10.

zugleich eine Anweisung für den Vormund enthalten, was er, und wie er veräußern solle, und dieses alles genau darin bezeichnet werden, ja soll es dem Vormunde die Veräußerung unter den darin bezeichneten Bestimmungen erlauben; so muß es wohl der Veräußerung vorausgehen. Daß aber dem wirklich so sey, scheint aus der Frage hervorzugehen, welche Ulpian *L.* 7. §. 4. *h. t.* entscheidet, wenn er daselbst sagt:

Quid ergo, si Praetor ita DECREVERIT: ***vendere obligareve*** **PERMITTO, an possit liberum arbitrium habere, quit faciat? Et magis est, ut possit, dummodo sciamus,** ***Praetorem non recte partibus suis functum: debuit enim ipse statuere et eligere, utrum magis obligare, an vendere*** **PERMITTAT.**

Eben dieser Ulpian sagt ferner *L.* 5. §. 10. *h. t.* **Item Praetor aestimare debebit,** ***utrum vendere potius, an obligare*** **PERMITTAT. Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum:** ***aut si distrahendum arbitrabitur, ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur: sed si sit alia possessio minor, vel minus utilis pupillo, magis eam*** **IUBERE** ***distrahi, quam maiorem et utiliorem.***

Dieser Vorschrift entsprechen auch die heutigen Formulare eines obrigkeitlichen Decrets zur Veräußerung oder Verpfändung von Pupillen-Gütern [90]). Daher sind mehrere Rechtsgelehrten [91]) der Meinung, das obrig-

90) Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywill. Gerichtshandlungen. §. 164. S. 335. und 336.

91) S. *Jo. a* SANDE de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I.

keitliche Decret müsse der Veräußerung vorausgehen. Da indessen dieses doch nirgends bey Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist[92]), und in der *L.* 2. *h. t.* die bloße confirmatio für hinreichend gehalten wird; so behaupten viele[93]), zu denen auch unser Hellfeld gehört, daß die Obrigkeit noch hinterdrein das **decretum de alienando** erlassen, und dadurch die ungültige Veräußerung heilen könne. Hier entsteht nun aber wieder die Frage, ob diese Gültigkeit nur von der Zeit der erfolgten obrigkeitlichen Genehmigung an zu rechnen sey, oder schon von der Zeit an, da die Veräußerung geschahe. Das Letztere behaupten mehrere Rechtsgelehrten aus dem Grunde, weil in der *L.* 7. *Cod. ad SCtum Macedon.* (IV. 20.)

§. 5. nr. 68. et 69. *Dionys.* GOTHOFREDUS in Nota ad L. 5. §. 9. D. h. t. not. x. *Pet.* MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 84. Not. *ι.* pag. 604. *Ben.* CARPZOV Lib. V. Respons. LXVIII. nr. 3 et 18. Claproth angef. Rechtswissenschaft. §. 165. und *Car. Christoph* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 669.

92) S. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. (der 3. Ausg.)

93) *Octav.* SIMONCELLUS Tr. de decretis caeterisq. solemnitatib. in contractib. Minorum adhibend. (*Helmst.* 1673. 4.) Praefat. nr. 31 — 35. pag. 23. sq. *Jo.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 211. *Jo. Balth.* a WERNHER Select. Observationes forens. Tom. I. P. I. Obs. 254. pag. 281. et P. II. Obs. 446. pag. 458. *Aug.* a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. medit. 6. *Jo. Henr.* BERGER Resolution. Legum obstant. h. t. Animadv. ad verb. *Decretum iudicis.* p. 578. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und *Car. Frid.* WALCH Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Memb. III. §. 22.

ganz allgemein verordnet werde, jede Genehmigung werde durchaus zurückgezogen, und bestätige alles, was gleich anfangs geschehen sey [94]). Allein so allgemein auch diese Regel ausgedrückt ist, so wenig ist sie hier anwendbar. Es ist hier nicht blos von einem Geschäfte die Rede, zu dessen Vollgültigkeit nichts als eine Einwilligung, sondern von einem solchen, wo neben derselben eine unterlassene Feyerlichkeit erforderlich gewesen wäre, ohne welche demselben ein verbietendes Gesetz entgegen stände. Hier wird das früher nichtige Geschäft für die Vorzeit nie gültig, sondern erhält erst seine Gültigkeit durch die erfolgte obrigkeitliche Bestätigung [95]). Eine bloße gerichtliche Bestätigung des von dem Vormunde geschlossenen Contracts, wofern nicht alle übrige Erfordernisse dabey beobachtet worden, ist jedoch keineswegs hinreichend, wie Hellfeld hier ganz richtig bemerkt [96]).

Noch ist die Frage übrig, ob die Veräußerung gerade auf dem Wege einer öffentlichen Versteigerung oder Subhastation geschehen müsse? Viele [97]) halten dieses für

94) S. Leyser a. a. O. und Walch a. a. O.

95) *L.* 25. *C. de donat. inter vir. et uxor.* (V. 16.) nach welcher in einem solchen Falle die rückwirkende Kraft nicht Statt finden soll. S. Gottl. Hufeland über die verschied. Wirkungen der Genehmigung von Geschäften; (in Desselben Abhandlungen aus dem Civilrecht 1. B. (Giessen 1814.) Nr. IV. S. 222.)

96) S. auch *J. H.* Boehmeri Introd. in ius Dig. h. t. §. 7. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und Claproth's Rechtswiss. §. 164. S. 334.

97) *Jac.* Cujacius Recitation. solenn. in Codic. ad Tit. 37. Libri V. de administr. tut. pag. 398. (edit. Francof. 1605. 4.) *Jo. a* Sande de prohib. rer. alienat. P. I.

nothwendig, weil nur auf diesem Wege der höchst mögliche Preis zu erhalten sey, und alle sonst mögliche Bervortheilung der Pflegbefohlnen vermieden werde. Man glaubt diese Meinung auch durch die Gesetze[98]) unterstützen zu können, und empfiehlt dabey zugleich eine vorgängige Schätzung. Man sagt auch, die Meinung sey in der Praxis angenommen, und gelte als eine gemeine Gewohnheit[99]). Allein in dem gemeinen Rechte hat diese Meinung keinen Grund, wie auch Hellfeld ganz richtig bemerkt hat. Sie kann wenigstens aus den angeführten Gesetzen nicht bewiesen werden. In der *L.* 7. §. 8. *D. de minorib.* ist zwar freylich von einer Versteigerung die Rede, es wird auch gesagt, wenn sich nach dem Zuschlag noch Einer findet, der überbieten will, so halte eine Restitution nicht schwer, um eine neue Licitation zu veranlassen. Aber es wird nicht gesagt, daß sie zur Gültigkeit der Veräußerung nothwendig sey. Eben so deuten allerdings die *auctionalia*, deren Ulpian *L.* 1. §. 3. *D.*

Cap. I. §. 5. nr. 72. *Octav.* Simonoellus de decretis Lib. I. Tit. I. nr. 46. sqq. pag. 119. sqq. *Ben.* Carpzov Lib. V. Respons. 72. und P. II. Decis. 195. *Sam.* Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 6. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 27. *Jo. Balth. a* Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 210. et P. III. Obs. 227. Claproth Rechtswiss. von freywill. Gerichtshandlungen. §. 165. *Car. Christph.* Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1900. u. a.

98) *L.* 7. §. 8. *D. de minorib.* *L.* 1. §. 3. *D. de tutelae et ration. distr.* *L.* 3. *C. Si adv. fiscum.*

99) S. Mittermaiers Grunds. des gemein. deutsch. Privatrechts. §. 374. und Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts. h. t. §. 2. S. 146.

de tutelae et ration. distrah. neben den Inventarien gedenkt, auf öffentliche Versteigerungen von Pupillen-Sachen hin. Denn es werden darunter die von den Argentarien über die von ihnen gehaltenen Auctionen geführten Rechnungen verstanden[100]), welche Cicero[1]), *auctionariae tabulae* nennt. Allein es kann auch aus diesem Gesetz eben so wenig, wie aus jenem, eine Nothwendigkeit der öffentlichen Versteigerung bewiesen werden. Endlich die *L. 3. C. Si ad fiscum* (II. 37.) spricht zwar auch von dem Verkaufe der Güter eines Minderjährigen **sub hasta**, aber von einem solchen Verkaufe, welcher fiscalischer Forderungen wegen geschehen war. Ein solcher fiscalischer Verkauf mußte immer **servata hastarum solemnitate** geschehen, weil er auf keine Weise, selbst von Unmündigen nicht angefochten werden konnte. Es war also hier kein Unterschied, die vom Fiscus verkauften Güter mochten einem Minderjährigen oder einem andern Schuldner gehören[2]). Es beweist folglich auch dieses Gesetz nichts. Vergleichen wir dagegen alle Gesetze, die von dem Verkaufe der Güter der Pflegbefohlnen handeln; so findet sich darunter auch nicht ein einziges, welches dabey die Nothwendigkeit einer öffentlichen Versteigerung vorgeschrieben hätte. Da sie nun die bey einem solchen Verkaufe zu beobachtenden Feyerlichkeiten so sorgfältig angeben, würden sie nicht auch diese bestimmt vorgeschrieben haben? Es ist zwar nicht zu läugnen, daß

100) S. Kraut Commentat. de argentariis. Cap. III. pag. 26. und den 32. Th. des Commentars §. 1373. S. 327.

1) *Orat. in Catilin. II. cap.* 8.

2) *L. 1. C. Si propter public. pensitation.* (IV. 46.) *L. 5. C. de fide et iure hastae fiscal.* (X. 3.) S. *Jo. Jac.* Wissenbach Comment. in Cod. ad L. 3. C. Si advers. fisc. pag. 116. und Westphal vom Kaufe. §. 637.

derjenige Werth der Sache für den höchsten zu halten sey, für welchen sie öffentlich verkauft worden. ist; daß dieses aber doch nicht immer der Fall sey, erscheint daraus, weil ja sonst die Frage von einer Restitution dagegen nicht hätte seyn können, welche *L.* 7. §. 8. *D. de minorib.* entschieden wird. Ja wie hätte wohl Ulpian sagen können: *Et quotidie Praetores eos restituunt, ut rursum admittatur licitatio?* Mit Recht läugnen daher die meisten Rechtsgelehrten [3]), daß bei den Veräußerungen der Güter der Pflegbefohlnen eine öffentliche Versteigerung nothwendig sey. Viele Provinzialgesetze [4]) erfordern sie freilich; allein eine allgemeine Gewohnheit oder

3) *Jo.* Voet comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. *Gottfr.* Suevus Diss. An in alienatione bonorum pupilli vel minoris necesssaria sit subhastatio? *Vitemb.* 1704. *Sam. de* Cocceji iur. civ. contr. P. II. h. t. Qu. 4. pag. 236. sqq. *Jo. Henr.* Berger Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 578—584. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. medit 4. pag. 550. sq. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 23. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. Kap. 7. §. XIII. nr. 6. et 13. Mich. *Cod.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. II. h. t. §. 7. pag. 525. Gebr. Overbeck. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. Med. 72.

4) Mittermaier a. a. O. hat viele angeführt. In vielen ist aber auch die öffentliche Versteigerung gar nicht vorgeschrieben, z. B. in dem Bayer. Landrechte, in der Fränk. Landgerichtsordn. Frankfurt und Nürnberg. Reformat. Coburger Statuten, und vielen andern. Daher sagt Simoncellus de decretis pag. 128. nr. 67. *Animadvertendum est, non requiri subhastationem in venditione rerum minorum ex consuetudine.*

Gerichtsgebrauch läßt sich nicht beweisen[5]). Die Erfahrung hat vielmehr vielfältig gelehrt, daß die Subhastation dem Pflegbefohlnen mehr nachtheilig, als vortheilhaft gewesen ist, auch die Gerichtskosten nicht gerechnet, welche dadurch veranlaßt werden[6]). Es giebt ja noch andere Wege, den wahren Werth einer Sache auszumitteln. Der Richter kann sie ja durch Sachverständige schätzen lassen. Sollte er nun doch die Subhastation für zuträglicher halten, so kann er sie verfügen, aber nothwendig ist es nicht.

§. 1386. a.

Veräußerung der Güter der Minderjährigen, welche veniam aetatis erlangt haben.

Noch ist zu bemerken, daß die vorgeschriebene Form der Veräußerung nicht blos bey den Sachen derjenigen Personen erfordert wird, welche unter der Vormundschaft stehen, sondern auch bey den Sachen der Minderjährigen, welche **veniam aetatis** erlangt haben, jedoch mit dem Unterschiede, daß diese zwar über bewegliche Sachen frey disponiren, Grundstücke aber eben so wenig, als diejenigen, die unter der Curatel stehen, ohne Decret der Obrigkeit verkaufen oder verpfänden können[7]). Aber Grundstücke

5) Dieß erhellet aus den in den Schriften der Practiker vorkommenden sich widersprechenden Erkenntnissen. Man vergleiche z. B. Berger Electa Disceptation. for. pag. 1116. Leyser c. l. Schorch Sentent. et Respons. Fac. iurid. Erford. Nr. CXXX. und Harpprecht Consil. Tubing. Vol. II. Cons. XXVI. nr. 106.

6) Man sehe hier vorzüglich Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 615.

7) *L. 3. C. de his, qui veniam aetatis impetraver.* (II. 45.)

verschenken können sie gar nicht, auch nicht einmal in Gefolge eines obrigkeitlichen Decrets. Die Gesetze nehmen blos eine **donatio propter nuptias** aus. Außerdem ist die Schenkung ungültig, und erlangt erst dann ihre Gültigkeit, wenn sie der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit in zehen Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden nicht angefochten hat, wie aus folgender merkwürdigen Verordnung des Kaisers Justinian erhellet.

L.* 3. *C. Si maior factus alienat. factam. **(V. Tit. 74.) — Cum autem donationes a minoribus *nec cum decreto* celebrari possint, *si minor vel post veniam aetatis* REM IMMOBILEM *donationis titulo in alium, excepta* PROPTER NUPTIAS *donatione, transscripserit*[8]): non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quinque annos impletos, inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore aquiescente effluxerit: ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit[9]). Dat. Idib. April. DECIO V. C. Cons. 529.**

8) Man s. über diese Stelle Marezolls Bemerkungen, Zweifel u. Vermuth. aus dem Gebiete des Civilrechts. **Nr. VII.** (in dem Archiv für die civilist. Praxis herausgegeb. von den HH. von Löhr, Mittermaier, und Thibaut. 8. B. S. 279. ff.)

9) Der Sinn dieser Worte ist, dem Erben des Minderjährigen soll die Zeit zu statten kommen, die dem Verstorbenen noch übrig war. Es ist also hier nicht gerade von einem minderjährigen Erben die Rede, wie ***Jac.*** **CUJACIUS in Paratitl. in Lib. V. Tit. 74. Cod. (*Opp. Hannoviae* 1602.**

§. 1387.

Wirkung der Alienation, wenn sie in gesetzlicher Form geschehen ist.

Sind nun die oben (§. 1383.) angegebenen Erfordernisse oder Feyerlichkeiten bey Veräußerung der Güter einer bevormundeten Person beobachtet worden, so ist die Veräußerung nach dem strengen Rechte gültig[10]). Es darf nur das Decret nicht durch falsche Vorstellungen erschlichen[11]), auch nicht von dem Vormunde bey der Veräußerung da-

fol. *editor.* Tom. III. pag. 100.) meint, sondern das Gesetz spricht überhaupt von dem Erben eines Minderjährigen. So versteht diese Stelle auch *Lud.* Russardus not. ad h. L. Eben so *Ant.* Schulting ad *Jul.* Pauli *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 9. §. 4. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 238.) Diese Erklärung hat auch die Auctorität der Basiliken für sich, in welchen es *Lib. X. Tit.* 4. *Const.* 65. Tom. I. Fabroti pag. 640. heißt: εἰ δὲ ἐν τῷ μεταξὺ ὁ ἀφῆλιξ τελευτήσοι, ζητοῦμεν ἵνα τὸ λεῖπον τοῦ χρόνου διάστημα δράμῃ, τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ σιωπῶντος: i. e. *Quodsi minor interim in fata concesserit, volumus, ut residuum temporis spatium effluat, herede ipsius silente.* Es ergiebt sich hieraus, daß die Worte so versetzt werden müssen: *quod post eiusdem minoris aetatem heredis silentio transactum sit.*

10) *L.* 12. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.* S. *Huld. ab* Eyben cit. Diss. Th. XXXVII. (*Scriptor.* pag. 377.)

11) *L.* 1. §. 2. *L.* 5. §. 15. *D. h. t. L.* 5. *C. de praed. et aliis reb. minor.* S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Porro ait Oratio* (*Opp.* Tom. II. pag. 587. sq.) *Huld. ab* Eyben Diss. de decreto alienandi cit. Th. XXIII. (*Opp.* pag. 375.) und *Gottl.* Hufeland Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1576.

gegen gehandelt worden seyn [12]). Denn hätte die Obrigkeit blos Verpfändung erlaubt, der Vormund hätte aber das Grundstück verkauft, so ist die Veräußerung nichtig [13]). Sind indessen auch alle Förmlichkeiten beobachtet worden, der Pflegbefohlne aber kann beweisen, daß ihm gleichwohl die Veräußerung nachtheilig sey, so kann ihm die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden [14]), welcher er aber auch wieder entsagen kann, wenn er sie gleich schon erhalten hat, wofern ihm die Aufhebung des Geschäfts gereuen sollte, es muß nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch nicht vollzogen seyn [15]).

12) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* *Jo.* Voet comm. h. t. §. 9.

13) *L.* 7. §. 3. *cit.*

14) *L.* 1. *L.* 11. *C. de praed. et aliis reb. minor.* S. *Jo. a* Sande de probib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 5. nr. 77. et 78. und *Huld ab* Eyben Diss. cit. Th. XXXVIII.

15) *L.* 41. *D. de Minorib.* Julianus *Libro XLV. Digestorum.* Si iudex circumvento in venditione adolescenti iussit fundum restitui, eumque pretium emtori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione, poenitentia acta: exceptionem utilem adversus petentem pretium, quasi ex causa iudicati, adolescens habere poterit: quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. Nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit, et quam mutare non potuisset, si minor auxilium Praetoris non implorasset. Die letzte Periode dieser merkwürdigen Gesetzstelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht. Man glaubt, sie habe keinen richtigen Sinn, wenn man nicht emtor statt *venditor* lese. So lesen daher die größten Rechtsgelehrten, *Jac.* Cujacius in Comm. ad Tit. Pand. de minorib. ad L. Si iudex. (*Opp. ab* ipso *editor.* Tom. II. pag. 178.) *Ant.* Faber

Es fragt sich aber, wem der Beweis obliege, wenn die Veräußerung in der Folge wegen nicht beobachteter

Rational. in Pand. ad L. 41. de minorib. *Elb.* LEONINUS Emendation. sive Observat. Lib. I. cap. 18. *Edm.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. III. Cap. 11. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. IV. Tit. 4. §. *Caeterum, ut aequum est*, (*Opp.* Tom. II. pag. 118.) und *Bern. Henr.* REINOLDUS Varior. Cap. 2. (in *Opuscul.* a JUGLERO *editt.* pag. 63. sqq.) Andere hingegen sagen mit ACCURSIUS, das Wort *venditor* stehe hier für *emtor*. Denn die Benennungen emtor und venditor wären von den Alten häufig, so wie die Worte emtio und venditio, mit einander verwechselt worden. Allein daß die florentinische Lesart, mit welcher auch alle übrige Ausgaben übereinstimmen, richtig, und das Wort *venditor* hier auch in seiner eigentlichen Bedeutung genommen sey, hat *Car. Henr.* HAASE in Variarum criticarum et exegeticarum ad ius civile pertinentium observationum Specim. I. et II. quibus inest commentationis grammaticae et criticae ad L. 41. D. de minoribus P. I. et P. II. *Lipsiae* 1809. 4. außer allem Zweifel gesetzt. Der Sinn der ganzen Stelle wird durch folgende Paraphrase deutlich werden. „Wenn ein Minderjähriger wegen Verletzung beym Verkaufe eines Grundstücks die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten hat, und der Richter in Gefolge derselben erkannt hat, daß dem Minderjährigen das Grundstück restituirt werden, der Minderjährige aber auch das Kaufgeld dem Käufer zurückgeben solle; so kann derselbe, wenn ihn nachher die Restitution gereuet, den Käufer, sofern dieser etwa ex causa iudicati gegen ihn auf die Zurückgabe des Kaufgeldes klagen sollte, mit einer exceptio utilis zurückweisen, weil es jedem freystehen muß, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will, oder nicht.“ Soweit haben auch die *Basilica* Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 41. pag. 632. unsere Gesetzstelle. Μεταμελόμενος, heißt es daselbst, ὁ αἰτήσας ἀποκατάστασιν, οὐκ ἀναγκάζεται

gesetzlicher Form als ungültig angefochten wird? Muß hier von dem Minderjährigen die Ungültigkeit, oder von

παρὰ τοῦ ἀντιδίκου αὐτοῦ τοῖς ψηφισθεῖσιν ἐμμένειν· ἔξεστι γὰρ ἑκάστῳ τῶν εἰσενηνεγμένων ὑπὲρ ἑαυτοῦ καταφρονεῖν. i. e. ***Minor, qui poenitentia actus,*** wie Fabrotus übersetzt, ***restitutione in integrum impetrata uti non vult, cogi ab adversario non potest stare rebus iudicatis; unicuique enim licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt.*** Schade, daß der letzte Theil unserer Gesetzstelle, welcher gerade der schwierigste ist, in den Basiliken fehlt. Er besteht in den Worten: ***Nec queri poterit*** VENDITOR — ***si minor auxilium Praetoris non implorasset.*** Der Sinn dieser dunkeln Stelle läßt sich vielleicht durch folgende Paraphrase aufklären. „Keinesweges aber (***nec*** i. e. non autem) ist es dem Verkäufer (dieser ist hier unstreitig der Minderjährige) erlaubt, abermals seine Gesinnung zu ändern, und wenn ihn der Kauf wieder gereuet, von neuem die Restitution zu suchen, (das heißt hier *queri*) nachdem er dem Kauf, auf dessen Rescission der Käufer geklagt hatte, durch die demselben entgegengesetzte Einrede wieder gehalten wissen wollte, so daß nun der Kauf zum zweyten Male wieder aufgehoben werde, weil er ja durch das Decret des Prätors, wodurch der Kauf, wegen der dem Käufer entgegensetzten exceptio utilis wieder war für gültig erklärt worden, in den Zustand restituirt worden ist, in welchen er sich selbst (nämlich durch die dem Käufer, welcher zur Restitution des Grundstücks bereit war, entgegengesetzte exceptio utilis) gesetzt hat, und in welchem die Sache ohnehin hätte unverändert bleiben müssen, wenn der Minderjährige nicht (d. h. wenn nicht der Verkäufer wegen seines minderjährigen Alters) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht hätte. Diese kann ihm nun aber darum nicht mehr ertheilt werden, weil Niemand aus einem und demselben Grunde zum zweyten Male vom Prätor restituirt wird.“ PAULUS ***Sentent. Recept. Lib. I. Tit.*** 7. §. 3. ***et***

seinem Gegner die Gültigkeit der Veräußerung bewiesen werden? Die Frage ist streitig. Einige[16]) gehen von dem Grundsatze aus, daß bey Personen, die nicht selbst veräußern, und sich verbindlich machen können, wie nun diejenigen sind, welche unter der Vormundschaft stehen, in zweifelhaften Fällen immer vermuthet werden müsse, daß die Veräußerung ungültiger Weise geschehen sey. Sie meinen daher, dem Käufer sey immer der Beweis der Gültigkeit aufzulegen, und dieß sey nicht nur den Gesetzen, sondern auch den allgemeinen Regeln der Beweisführung gemäß. Alle berufen sich auf den Ausspruch des Gajus[17]): ***Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, et lege non prohibente, se emisse.*** Sie sagen ferner, der Käufer müsse die förmlich geschehene Veräußerung um so mehr beweisen, da er sie behaupte, und Förmlichkeiten, als eine Thatsache, nicht vermuthet werden könnten. Allein nach der richtigern Meinung ist vielmehr ein Unterschied zu machen, ob gegen den Minderjährigen auf Erfüllung der Veräußerung geklagt wird, oder ob der Minderjährige als Kläger die Veräußerung anzufechten sucht. Im ersten Falle ist wohl mit Grund nicht zu bezweifeln, daß dem Kläger der Beweis obliege, daß das Geschäft

Tit. C. Si saepius in integr. restitutio postuletur. (II. 44.) S. Haase cit. Commentat. P. II. pag. 12. sqq.

16) *Bartholom.* Chesius *Pisan.* Interpretation. iuris Lib. II. Cap. 17. nr. 9. pag. 91. (*Liburni* 1657. *f.*) *Jo.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 11. *Octav.* Simoncellus Tr. de decretis caeterisq. Solemnitatib. in contract. minorum adhibend. Lib. III. Tit. 7. Inspect. 3. pag. 422. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controvers. P. II. h. t. Qu. 2. pag. 233. sq. *Mich. Henr.* Griebner Opusc. iur. Tom. V. Sect. II. §. 4. pag. 28. u. a.

17) *L.* 13. §. 2. *D. de public. in rem act.*

mit dem Minderjährigen in gültiger Form geschlossen worden sey. Denn wer aus der Handlung, deren Förmlichkeit bestritten ist, ein Klagerecht geltend machen will, welches ihm sonst gar nicht zustehen würde, muß natürlich die geschehene Beobachtung der Form beweisen. Sein Klagerecht hängt ja davon ab, daß die Handlung, woraus er dasselbe ableitet, gültig sey. Sie ist aber anders nicht gültig, als wenn sie in der gehörigen Form geschehen ist. Dieß muß also auch nothwendig der Kläger darthun [18]). In dem andern Falle hingegen hat der Pflegbefohlne, wenn er die geschehene Veräußerung anzufechten sucht, den Beweis der Thatsachen beizubringen, worauf diese Ungültigkeit sich gründen soll, und zwar ohne Unterschied, es werde die Ertheilung des obrigkeitlichen Decrets selbst, oder die Bedingung der Rechtsbeständigkeit desselben, z. B. die rechtliche Ursache zur Veräußerung, bestritten. Die Richtigkeit dieser Ansicht geht aus folgenden Gesetzstellen ganz klar hervor.

L. 1. §. 2. *D. h. t.* Verb. Orationis: *manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori.*

L. 5. §. 15. *D. h. t.* ULPIAN. *lib. XXXV. ad Edictum.* Manet actio pupillo, *si postea poterit probari*, obreptum esse Praetori. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus ei

18) S. Adolph. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. VI. Nr. 32. S. 287. ff. Nepom. Borst über die Beweislast im Civilprozeß §. 69. S. 113. f. Albr. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. am Ende. (3. Ausg.) Anderer Meinung ist (*Car. Jul. Meno* VALETT im ausführl. Lehrbuche des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 908. S. 165.

actionem? Et magis est, ut et in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

L. 5. *C. de praediis et aliis rebus minor.* (V. 71.) Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Sereno.* Et si Praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, *si falsis allegationibus circumventam religionem eius probare possit*, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis. PP. III. Kal. Maii, SECULARI *II.* et DONATO *Cons.* 261.

L. 2. *C. Si quis ignorans, rem minoris esse, sine decreto comparaverit.* (V. 73.) Imp. GORDIANUS A. *Crispinae.* Si contra amplissimi ordinis decretum possessiones tuae distractae sunt: conveni earum possessorem, ut *si ita probaveris gestum*, et possessio retrahatur, et fructus universi revocentur, si non bona fide emtorem fuisse, qui emit, constiterit. Dat. XVI. Kalend. * GORDIANO A. II. et POMPEIANO *Conss.* 241.

Gegen so bestimmt für diese Ansicht sprechende Gesetze können nun die Gründe der entgegengesetzten Meinung in keine Betrachtung kommen, sie verdienen daher auch keine Widerlegung. Die Hauptstelle, worauf man sie zu gründen sucht, nämlich die *L.* 13. §. 2. *D. de public. in rem act.* (VI. 2.) kann gar nicht einmal hierher gezogen werden. Denn sie ist von Gajus, der die Oratio SEVERI gar nicht mehr erlebt hat, sondern wahrscheinlich unter dem Kaiser Commodus starb, seine libri ad Edictum provinciale aber gegen das Ende der Regie-

rung des Kaisers Antoninus Pius geschrieben hat[19]), mithin in der angeführten Stelle wohl nicht an das Senatusconsultum, von dem die angeführten Gesetze sprechen, denken konnte. Es steht überdem der Ausspruch des Gajus den angeführten Gesetzen gar nicht entgegen. Denn Gajus spricht, wie der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich zeigt, von dem Falle, wo derjenige, welcher eine Sache von einem Pupillen gekauft hat, die **actio publiciana** gegen einen dritten Besitzer anstellen will. Hier muß freylich der Käufer zur Begründung seiner Klage beweisen, daß er die Sache in rechtlicher Form erworben habe, weil er ja **sine tutoris auctoritate** die Sache nicht **bona fide** gekauft, und also kein prätorisches Eigenthum erworben hätte[20]). Eben so nichtig sind die übrigen Gründe der entgegengesetzten Ansicht, wie schon von andern gezeigt worden ist[21]). Die neuern Rechtsgelehrten[22]) sind daher fast durchgehends mit mir einverstanden.

19) S. Dittmar Diss. de nomine, aetate etc. Gaji ICti Rom. pag. 146.

20) *L.* 27. *D. de contrah. emt. L.* 9. *C. pro emtore.* (VII. 26.) S. Wenck Praefat. ad Tom. II. Opusculor. Hauboldi pag. 30.

21) S. Weber a. a. O. S. 290. ff.

22) *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 525. Günth. Heinrich von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. VII. §. 9. und §. 10. S. 167—171. von Löhr kurze Bemerkungen. Nr. 9. im Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgeb. herausgegeb. von Carl v. Grolman und Egid. von Löhr. 3. B. S. 514—517. Dabelow Handbuch des Pand. Rechts. 3. Th. §. 306. S. 578. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. II. §. 330.

§. 1388.

Folgen der vernachläßigten gesetzlichen Form.

Da die Frage, wie es mit dem Beweise zu halten sey, eigentlich nur dann erst zur Sprache kommt, wenn die Veräußerung als ungültig angefochten wird; so ist nun noch von den Folgen zu handeln, wenn bey Veräußerung von Gütern der Pflegbefohlnen, oder von Grundstücken solcher Minderjährigen, welche veniam aetatis erhalten haben, gegen die gesetzliche Form auf irgend eine Weise gefehlt worden ist, es sey nun, daß die Veräußerung ohne ein obrigkeitliches Decret vorgenommen, oder daß das Decret ohne vorhergegangene pflichtmäßige Untersuchung, oder ohne eine gesetzmäßige Ursache ertheilt, oder dasselbe durch falsche Vorstellungen erschlichen, oder von den Vormündern bei der Veräußerung nicht genau befolgt worden ist, oder, wenn auch die äußere Förmlichkeit beobachtet worden, die Veräußerung doch darum nicht gelten kann, weil sie in einer bloßen Schenkung besteht. In allen diesen Fällen erklären die Gesetze die geschehene Veräußerung jedoch nur zum Vortheil des Pflegbefohlnen, für nichtig [23]), so daß es nicht einmal einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfen soll [24]). Dem

in fin. und von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. (3. Auflage.)

23) *L.* 5. §. 15. *L.* 7. §. 3. *D. h. t. L.* 4. *L.* 5. *L.* 8. *L.* 10. *L.* 11. *L.* 15. *et* 16. *C. de praed. et aliis reb. minor. L.* 3. *C. Si maior. fact.* Voet Comm. h. t. §. 9. *Jo. a* Sande de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9. et 17. und *Huld ab* Eyben Disc. iurid. de decreto de alienando. Th. 30. et 31. (*Scriptor.* pag. 376.)

24) *L.* 2. *C. de praed. et al. reb. minor.* Imp. Gordianus

Pflegbefohlnen bleibt daher sein Recht und Eigenthum, und er kann das Veräußerte nicht nur von jedem Besitzer abfordern, sondern auch den Vormund auf Entschädigung belangen.

L. 4. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Impp. Valerianus et Gallienus AA. *Mithridati.* Non solum per venditionem rustica praedia vel suburbana pupilli vel adolescentes alienare prohibentur, sed neque transactione, neque permutatione, et multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt. Igitur et tu si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes: sed et si quid invicem ab eis ex eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes. PP. XV. Kal. Maii Seculari *II.* et Donato Conss. 261.

L. 8. *C. eodem.* Impp. Diocletian. et Maximianus. AA. *Theodotae.* Praedia rustica, quae contra Senatusconsultum data esse ante nuptias sponsaliorum nomine precum tuarum confessio ostendit: cum proprietas ad te propter iuris interdictum transire non potuerit, in dominio mariti permansisse palam est. PP. III. Non. Novembr. Diocletiano et Aristobolo Conss. 285.

L. 11. *C. eodem* Impp. iidem AA. *Trophimo.* Si quidem sine decreto minor annis patronus tuus rusticum praedium venundedit: supervacuum est de vili pretio tractare, cum Senatusconsulti aucto-

Clearcho et aliis. Non est vobis necessaria in integrum restitutio, si tutores vel curatores vestri possessionem, licet pignori nexam, vendiderunt sine decreto.

ritas retento dominio alienandi viam obstruxerit. S. XII. Kal. Decembr. ipsis AA. Conss.

L. 15. *C. eodem.* Iidem AA. *Sabinae.* Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti: dominium a te discedere non permittit Senatusconsulti auctoritas. Dat. VIII. Kal. Decembr. CC. Conss.

L. 16. *C. eodem.* Iidem AA. et CC. *Eutichiae.* Si praedium rusticum vel suburbanum, — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, vendidisti: *secundum sententiam Senatusconsulti dominium eius sive ius a te discedere non potuit, sed vindicationem eius et fructuum, vel his non existentibus, condictionem competere constitit.* Emtor autem si probare potuerit ex ceteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumseras: doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestitura esses, et sumtus meliorati praedii servare tantummodo potest. Dat. VI. Id. Aprilis Anchialo, CC. Conss.

Daß dem Pflegbefohlnen eine doppelte Klage zustehe, eine Realklage gegen jeden Besitzer der widerrechtlich veräußerten Sache auf Restitution derselben, und eine persönliche auf Entschädigung gegen den Vormund, welcher die Veräußerung vorgenommen hat, sagt Ulpian *L.* 5. §. 15. *h. t.* ausdrücklich. Es heißt daselbst nach der richtigern Lesart:

Et magis est, ut *et* [25]) in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

Ob nicht auch, ohne die gesetzliche Form, durch die

25) Dieses *et* steht nicht in der florentinischen Ausgabe. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Porro ait Oratio.* (*Opp.* Tom. II. pag. 588.) meint daher, die actio in rem sey die Klage, welche in den Worten der Oratio Severi: *manente pupillo actione*, angedeutet werde, und welche auch dem Geist der Oration am besten entspräche, weil sie wolle, daß die Veräußerung nichtig sey, indem sie befiehlt, daß dem Pupillen seine Rechte verbleiben sollen. Auch H. von Berg in den angeführten jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen, 1. Th. Nr. VII. §. 9. S. 168. sagt, die Gesetze hätten der Realklage den Vorzug gegeben. Er liest daher: et magis est, *ut in rem detur*, *non in personam* adversus tutores vel curatores. Allein das *tantum* findet sich in allen Ausgaben, das *et* aber in vielen, z. B. bey Haloander, Miräus, Merlinus, Baudoza und in mehreren anderen Ausgaben, und diese Lesart wird besonders durch die *Basilica Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 5. §. 11. Tom. V. Fabroti pag. 127. bestätiget, wo es heißt: Ἐὰν συναρπαγῇ ὁ Πραίτωρ, ἔχει ὁ νέος οὐ μόνον τὴν προσωπικὴν κατὰ τῶν κηδεμόνων, ἀλλὰ καὶ τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγήν, i. e. *Si obreptum Praetori fuerit*, *pupillus* NON TANTUM *in personam adversus tutores actionem habet*, SED ET *in rem.* Von der Entschädigungsklage gegen den Vormund s. die *L.* 6. *C. Arbitr. tut.* (V. 51.) Hätte der Vormund durch falsches Vorgeben das Decret arglistig zu erschleichen gewußt, so kann er noch außerdem bestraft werden. *L.* 9. *D. h. t.* S. Voet Comm. h. t. §. 10. Die Realklage kann nach der verschiedenen Art der Veräußerung nicht blos die Eigenthumsklage, rei vindicatio, oder actio publiciana, sondern auch die actio confessoria, negatoria und hypothecaria seyn. S. *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 205.

Veräußerung des Pflegbefohlnen Nutzen befördert worden sey, kommt nicht in Betrachtung. Denn die Beobachtung dieser Form ist zur Sicherheit der Minderjährigen und Pflegbefohlnen nothwendig, und ihr Mangel allein berechtiget den, dessen Eigenthum veräußert worden ist, diese Veräußerung als nichtig anzufechten, ohne daß es sonst irgend eines weitern Beweises von einem dadurch erlittenen Nachtheil bedürfte. Dieser Beweis ist nur dann nöthig, wenn gegen eine gültig geschehene Veräußerung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird [26]).

Da, wegen der Nichtigkeit der Handlung, der Pflegbefohlne seine Rechte behält, eben so als wäre gar keine Veräußerung vorgegangen; so kann er auch das veräusserte Grundstück mit den Früchten vindiciren, oder wenn diese nicht mehr vorhanden seyn sollten, mit einer Condiction deren Ersatz fordern. Er muß aber auch das empfangene Kaufgeld mit den Zinsen erstatten, jedoch mit dem Unterschiede, daß, soviel die Früchte betrifft, der **malae fidei possessor** alle, auch die consumirten Früchte, der **bonae fidei possessor** aber nur diejenigen Früchte restituirt, welche zur Zeit der erhobenen Klage noch vorhanden sind [27]). Der Pflegbefohlne hingegen muß, ohne diesen Unterschied, das Kaufgeld mit den Zinsen in so weit vergüten, als es in sein Vermögen verwandt worden, und also derselbe durch den Handel bereichert ist, z. B. wenn mit dem Kaufgelde Schul-

26) *L.* 2. *L.* 11. *C. de praed. et aliis. reb. minor.* S. Potsier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXVI. und von Berg jurist. Beobachtungen. 1. Th. Nr. VII. §. 8. S. 165.

27) *L.* 14. *L.* 16. *C. de praed. et aliis reb. minor.* und *L.* 2. *C. Si quis ignorans rem minoris esse, sine decreto comparav.* (V. 73.) S. Voet h. t. §. 10. und *Jo. a* Sande cit. Tract. P. I. Cap. I. §. 6. N. 81. et 82.

den des Pflegbefohlnen bezahlt, oder Capitalien angelegt, oder andere nützliche Sachen gekauft worden sind [28]). Denn die Gesetze halten es für unbillig, sich mit fremdem Verlust einen Gewinn zu verschaffen [29]). Der Unterschied, den auch hier einige [30]) zwischen einem **bonae** und **malae fidei emtor** machen wollen, wenn sie behaupten, daß letzter, weil er wissentlich gegen das gesetzliche Verbot gekauft hat, das Kaufgeld verliere, und die Sache unentgeldlich herausgeben müsse, ja sich auch nicht einmal mittelst einer Einrede wegen gemachter Meliorationen und anderer nöthiger Verwendungen eines Retentionsrechts bedienen könne, ist ungegründet, da die Gesetze den Pflegbefohlnen

28) *L.* 10. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Impp. Diocletianus et Maximian. AA. *Grato.* Praediorum, quae sine decreto alienata sunt, dominium tibi persequenti, Praeses opem feret, apud quem si illuxerit, non universa pretia, quae curatori tuo data sunt, in patrimonium tuum processisse, *pro ea duntaxat pecuniae parte conveniri te permittet, quam in facultates tuas erogatam esse constiterit.* S. VII. Id. Augusti ipsis AA. Conss. Man verbinde damit die schon oben vorgekommenen *LL.* 14. *et* 16. *Cod. eodem.* S. Voet c. l. §. 10. und *a* Sande cit. loc. nr. 83.

29) *L.* 13. *in fin. D. h. t.* Hier sagt Paulus: doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno. Man s. auch *L.* 14. *D. de condict. indeb.* (XII. 6.)

30) *Huld. ab* Eybeн Disc. iur. de decreto in alienand. minor. reb. necess. Th. XXXI. (*Scriptor.* pag. 377.) *Ge. Ad.* Struv Synt. iuris civ. P. II. Exerc. XXXI. Th. 85. *Henr.* Hahn Observat. th. pract. ad *Wesenbecii* Dig. P. II. h. t. Nr. V. pag. 247. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 71. nr. 11. et 12. *Octav.* Simoncellus de decretis Lib. III. Tit. 7. nr. 23. pag. 414. u. m.

schlechthin verbinden, das, was er von dem Gegentheile für seine Sachen erhalten, soweit dieses in seinen Nutzen verwendet worden ist, zu erstatten. So rescribirten die Kaiser Valerianus und Gallienus an den Mithridat[31]).

Sed et si quid invicem ab eis ex eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes.

Und Paulus sagt *libro singulari ad orationem divi Severi*[32]): **Quamquam autem neque distrahere, neque obligare tutor pupillare praedium possit, si tamen, ut** Papinianus *libro quinto Responsorum* **ait, errore lapsus vendiderit, et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino praedium cum fructibus vindicanti doli non inutiliter opponetur exceptio, pretium ac medii temporis usuras, quae creditoribus debentur, non offerenti, si ex ceteris eius facultatibus aes alienum solvi non potuerit. Ego autem notavi: et si solvi potuerit, si tamen illae res salvae erunt, ex quarum pretio aeri alieno satisfieri potuerat, dicendum est, adhuc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno.**

Nur dann ersetzt der Pflegbefohlne das Kaufgeld nicht, wenn er keinen Nutzen davon gehabt hat, wie Modestinus *libro VI. Responsorum*[33]) sagt:

Pretium fundi ab adolescente venumdati, si ***rationibus eius non profuit*****, emtorem frustra postulare.**

31) *L.* 4. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

32) *L.* 13. *D. h. t.*

33) *L.* 32. §. 4. *D. de admin. et peric. tutor.*

Mit Recht wird daher jener Unterschied von den meisten Rechtsgelehrten verworfen[34]). Man führt zwar zum Beweis desselben verschiedene Gesetze an, nämlich die *L.* 7. *C. de agricolis, censitis et colonis.* (XI. 47,) und *L.* 1. *C. de praediis curialium sine decreto non alienandis,* (X. 33.) nach welchen der Käufer das Kaufgeld verlieren, und der Verkäufer solches nicht erstatten darf. Allein beyde Gesetze gründen sich auf besondere Verhältnisse, welche bey der Veräußerung der Güter der Pflegbefohlnen durchaus keine Analogie darbieten können. Das erste Gesetz spricht von römischen Colonen, welche durch ihre Geburt an den Boden des herrschaftlichen Guts unauflöslich gebunden waren, den sie auf eigne Rechnung bauten, und dafür Früchte oder Geld abgaben. Diese konnten zwar mit dem Grundstück, zu welchem sie gehörten, unbedingt, aber ohne dasselbe durchaus nicht veräußert werden. Es war daher weder dem Gutsherrn erlaubt, den Colonen vom Gute zu trennen, noch das Gut zu veräußern, und den Colonen zurückzubehalten. Ein solcher Verkauf war nichtig, der Verkäufer konnte das Veräußerte zurückfordern, und der Käufer verlor das Kaufgeld. Es

34) S. *Jac.* Cujacius Paratitl. in libr. V. Tit. 71. in fin. C. de praed. et al. reb. minor. *Jo. Jac.* Wissenbach Comment. in Cod. ad L. 14. C. de praed. et al. reb. min. pag. 501. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. in fin. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Fere eram. Opp.* Tom. II. pag. 588. *Ben.* Carpzov P. II. Const. XI. Def. 29. nr. 6. *Jo. a* Sande de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 83. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 9. *Pet.* Müller ad *Struvium* P. II. Exercit. XXXI. Th. 85. not. ζ. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect II. §. 684. in fin. pag. 816. u. a.

war hier aber das öffentliche Interesse, welches jene besondern Beschränkungen veranlaßte, und dieses Interesse bestand hauptsächlich in der polizeilichen Sorge für Landescultur, die man durch Begünstigung dieses Verhältnisses vorzugsweise zu befördern glaubte, wie Herr von Savigny[35]) mit der ihm eignen tiefen Gelehrsamkeit ausgeführt hat. Wenn nun hiernächst das andere Gesetz verordnet, daß die **praedia vel rustica vel urbana decurionum** nicht ohne eine Ursache der Nothwendigkeit, und nicht ohne richterliche Genehmigung veräußert werden sollen, widrigenfalls der Käufer das Grundstück mit den Früchten restituiren, das dafür bezahlte Kaufgeld aber verlieren soll; so bezieht sich dieses auf die besondern Verhältnisse und Beschwerden, denen die Decurionen bey den Römern unterworfen waren, und zu deren Bestreitung die Güter derselben mit aller möglichen Strenge erhalten werden mußten[36]). So gut nun in beyden Gesetzen den Käufern der Verlust des Kaufgeldes ist angedrohet worden, so gewiß würde es auch bey der Veräußerung der Güter der Pflegbefohlnen geschehen seyn, wenn es der Wille der Gesetze gewesen wäre.

Ob übrigens, und wie weit das Kaufgeld in den Nutzen des Pflegbefohlnen verwendet worden ist, hat im-

35) Ueber den röm. Colonat; in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. VI. Nr. IV. S. 285. ff.

36) S. *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. 1. et 2. Cod. Th. de praediis et mancip. curialium sine decreto non alienand XII. 3. (Tom. IV. *Cod. Theod.* a Rittero editi. pag. 559. sq.) und *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. cap. II. §. 14. pag. 80. sq.

mer der Käufer zu beweisen, welcher die Erstattung desselben verlangt [37]).

Die Gesetze geben deswegen dem Käufer oder Besitzer eine **doli mali exceptio** [38]), mittelst welcher er die Sache solange retiniren kann, bis er wegen des Kaufgeldes befriediget worden ist. Er kann aber auch, wenn er sich dieses Rechtsmittels nicht bedient hat, das ihm schuldige Kaufgeld mittelst einer Klage, der **condictio sine causa** oder **indebiti**, zurückfordern [39]). Daß auf eben die Art auch die Meliorationskosten dem Käufer oder Besitzer vergütet werden müssen, haben die Kaiser Diocletian und Maximian [40]) rescribirt; und hat der Vormund auf den Evictionsfall aus seinem eignen Vermögen Pfänder gegeben, so kann sich der Käufer auch an diese halten [41]).

Wie wenn die auf eine nichtige Art veräußerte Sache des Pflegbefohlnen zu Grunde gegangen ist? Hier meint Lauterbach [42]), der Käufer müsse den **casum** tragen,

37) *L.* 10. *L.* 14. *L.* 16. *C. de praed. et aliis. reb. minor.* S. Simoncellus de decretis. Lib. III. Tit. 7. Insp. I. nr. 20. pag. 411. sq. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. ad Tit. 71. Lib. V. n. 13. *Jo.* Voet h. t. §. 10. in fin. *Just.* Meier Colleg. argentorat. T. II. h. t. §. 13. in fin. *Huld. ab* Eyben Diss. cit. Th. XXXI.

38) *L.* 14. *L.* 16. *in fin. Cod de praed. et aliis reb. minor.*

39) *L.* 10. *C. de praed. et al. reb. minor.* S. die Not. 28. Voet h. t. §. 10. und Malblanc Princ. iuris. Rom. P. III. §. 684. in fin.

40) *L.* 16. *in fin. C. eodem.*

41) *L.* 9. *C. eodem.*

42) Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 17.

der Pflegbefohlne könne also hier den Werth verlangen. Sein Grund ist, weil die Veräußerung nur zum Vortheil des Minderjährigen nichtig sey, ihm verbleibe daher das Eigenthum blos darum, um die Sache vindiciren zu können, sie gehe aber dem Käufer zu Grunde. Allein daß die Gesetze nur zum Vortheil des Pflegbefohlnen die Veräußerung für nichtig erklären, bezieht sich blos darauf, daß wenn der Pflegbefohlne den Handel gehalten wissen will, der Käufer, wenn ihn vielleicht derselbe gereuet, solchen nicht unter dem Vorwand nicht beobachteter Form anfechten kann. Mehr will auch der von ihm angeführte von Sande[43]) nicht sagen. Uebrigens ist nicht abzusehen, warum die allgemeinen Grundsätze von der praestatio casus bey der Reivindication nicht auch hier anwendbar seyn sollten[44]).

§. 1389.

Fälle der Convalescenz einer ungültigen Veräußerung von Gütern der Pflegbefohlnen.

Eine nichtige Veräußerung kann jedoch auf mancherley Art Gültigkeit erlangen[45]), nämlich 1) wenn der Pflegbefohlne nach beendigter Vormundschaft das während derselben vorgegangene Geschäft bestimmt genehmiget, welches sowohl ausdrücklich, als stillschweigend durch Handlungen geschehen kann, die eine gültige Anerkennung der gesche-

43) Decision. Lib. II. Tit. IX. Def. 15. Man vergl. auch Desselben Tract. de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 7. nr. 114.

44) S. den 8. Th. dieses Commentars. §. 588. S. 229. ff.

45) S. *Io. a* Sande de prohibita rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 84 — 100. und *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLV. pag. 556. sqq.

henen Veräußerung voraussetzen. Z. B. wenn der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit das ungültig veräußerte Grundstück pachtet, oder das noch rückständige Kaufgeld erhebt[46]). Es setzt aber eine solche Genehmigung voraus, daß der **maior factus** von allen Umständen der ungültig geschehenen Veräußerung unterrichtet gewesen seyn müsse[47]).

2) Wenn der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit die Veräußerung binnen der gesetzlich bestimmten Zeit anzufechten unterlassen hat. Nach den Verordnungen vom Kr. Gordianus *L. 1. C. Si quis ignorans rem minoris esse.* (V. 73.) und *L. 2. C. Si maior factus alienat. factam sine decreto rat. hab.* (V. 74.) war der Käufer in gutem Glauben nach Ablauf der ordentlichen Verjährungszeit gesichert. In der angeführten *L. 2. C.* heißt es:

Si sine decreto Praesidis praedia tua a tutore tuo alienata sunt, nec speciali confirmatione, vel, si bona fide possessor fuisset, *statuti temporis excursu* id quod perperam est actum, fuerat stabilitum, Praeses provinciae possessionem in ius tuum retrahet. Dat. VII. Kal. Jan. Pio et Pontiano *Conss.* 239.

Eben so nach den Verordnungen von Diocletian und Maximian *L. 3. et 4. C. Si quis ignorans*

46) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 14. und Leyser cit. loc. medit. 5. et 6.

47) *L. 1. C. Si maior. fact. alienat. fact. ratam hab.* S. Leyser cit. loc. medit. 5—8. und *a* Sande c. l. nr. 84—87.

rem minoris esse. In der *L. 3.* rescribiren die Kaiser an die Agatha.

Possessiones tuae rusticae vel suburbanae, sine cognitione causae, et interpositione decreti contra Senatusconsultum alienatae, nec a secundo emtore recte tenentur: ***nisi statutum temporis spatium intercesserit.*** **Dat. Idib. Februarii Nicodemiae CC. Conss.**

Daß das *statutum tempus* in diesen Gesetzen das **longum tempus praescriptionis** sey, ist keinem Zweifel unterworfen [48]).

Allein in einer von Peyron neu gefundenen Constitution des Kaisers Constantinus an den Severus **Praef. urb.** [49]) ward verordnet, daß der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit nur noch binnen einer Jahresfrist die ungültige Veräußerung sollte anfechten können, welche Zeit wohl nach der Analogie der Restitution von Constantin war bestimmt worden. Die Constitution selbst ist folgenden Inhalts:

48) S. Unterholzner's ausführliche Entwickelung der gesammt. Verjährungslehre. 1. Bd. §. 35. Not. 126. S. 121. (Leipzig 1828.) Diese Erklärung bestärken auch die *Basilica* **Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 65. pag. 639.** wo die Worte der *L. 2. C. cit.* **statuti temporis excursu** so gegeben sind: *μηδὲ δία χρονίας χρήσεως κυρίως ἐκτήσατο τὸ πρᾶγμα ὁ ἀγοραστὴς καλῇ πίστει.* **i. e.** ***neque emtor bonae fidei rem longo tempore possederit.***

49) Sie befindet sich in *Car. Frid. Christ.* **Wenck libris quinque priorib. Cod. Theodos. Lib. III. Tit. 21. (olim XXXII.) de praed. minor. sine decreto non alienand. Const. 1. pag. 196. sq.** (*Lips.* **1825. 8.)**

Minores, qui intra viginti quinque annorum aetatem sunt, praedium vel mancipium rusticum sine decreti interpositione alienatum, etiam non petita in integrum restitutione, poterunt vindicare: ita ut, si, hac lege proposita, tale tempus ad metas vicesimi et quinti anni supererit, ut coepta lis intra eiusdem anni finem terminari non possit, inchoata lis possit protendi. Sed et hi, quos eadem lex, exacto vicesimo et quinto anno, intra viginti et sex annos deprehenderit, inchoare petitiones suas non morentur, quoniam usque ad vicesimum et sextum annum ita inchoatae litis tempora concluduntur. Qui igitur post hoc tempus agere tentaverit, expellatur, ut iam certus securusque possessor sit. Dat. XV. Kal. Jan. Serdicae PROBIANO et JULIANO CONSS. 322.

Nach Ablauf des sechs und zwanzigsten Jahres sollte also dem Minderjährigen keine Klage mehr zustehen, sondern der Besitzer gegen alle weitere Anfechtung gesichert seyn. Wahrscheinlich erfolgten nachher, da selbst die Restitutionszeit erweitert wurde, fernere Erweiterungen, die aber zuletzt durch Justinians neuere Verordnung beseitiget, nicht auf uns gekommen sind [50]). Diese neuere Verordnung ist die *L.* 3. *Cod. Si maior factus.* (V. 74.) deren Worte folgende sind;

Imp. JUSTINIANUS A. ***Mennae*** **P. P. Si quando sine decreto** ***minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum cu-***

50) S. Schraders neu entdeckte Quellen römischer Rechtskunde, in der Tübing. kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft 1. Bd. 1. Heft. (1826.) S. 165. f.

ram excedentium res alienantur, vel supponuntur, et ad perfectam aetatem iidem minores provecti, longo silentio querelam huiusmodi tradiderint, ut inutilis alienatio, vel suppositio *diuturno silentio* roboretur: certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus. Ideoque praecipimus, *si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem*, id est, *post vigintiquinque annos connumerandos*, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione *is, qui eam fecit*, vel heres eius, minime posse retractari eam *occasione praetermissionis decreti*, sed sic tenere, *quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.* Cum autem *donationes* a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, *excepta propter nuptias donatione*, transscripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, *nisi post vigintiquinque annos impletos, inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit:* ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit[51]). Dat. Idib. April. DECIO V. C. CONSS. 529.

Justinian will also, daß wenn Güter der Minderjährigen, welche entweder noch unter der Curatel standen,

51) Man sehe über den Sinn dieser letzten Worte die Not. 9. S. 53. SPANGENBERG not. 14. ad h. L. Tom. II. *Corp. iur. civ.* pag. 329. versteht sie jedoch mit Cujacius von einem minderjährigen Erben, welcher Erbe eines Minderjährigen geworden ist.

oder **veniam aetatis** erlangt hatten, ohne obrigkeitliche Genehmigung veräußert oder verpfändet worden sind, und die Veräußerung oder Verpfändung von dem Minderjährigen nicht binnen fünf Jahren, von Zeit der erlangten Volljährigkeit an gerechnet, aus dem Grunde vernachlässigter Form angefochten worden ist; dieselbe durch ein solches fünfjähriges Stillschweigen nun ihre vollkommene Gültigkeit erhalten haben solle, und zwar rückwärts, als wenn die Veräußerung oder Verpfändung gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Form wäre vorgenommen worden[52]). Bestände hingegen die Veräußerung in einem Verschenken von Grundstücken eines Minderjährigen, welche auch nicht einmal mit obrigkeitlicher Genehmigung gültig hätte vorgenommen werden können, so soll eine solche Schenkung durch Verjährung anders keine Gültigkeit erhalten, als wenn der Minderjährige in zehen Jahren **inter praesentes**, und in zwanzig Jahren **inter absentes** die-

52) Ueber diesen Gegenstand werden folgende Schriften angeführt: *Jo. Pet.* Schmidt Diss. de vindicatione rerum pupillarium ad quinquennium restricta. *Rostochii* 1741. *Nic.* Binder Diss. de praescriptione quinquennii circa res minorum sine decreto alienatas. *Tubingae* 1808. 8. und *L. W. de* Weyhe Diss. de tempore praescriptionis ex alienatione rerum, quae minorum sunt. *Goetting.* 1810. 4. Ich habe aber keine derselben zu erhalten und zu benutzen das Glück gehabt. Außerdem aber gehören noch hierher Günth. Heinr. von Berg von der Zurückforderung veräußerter Pupillengüter; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. VII. S. 153—173. und Gottfr. Phil. von Bülow Beyträge zu der Lehre von der Veräußerung der Güter pflegbefohlner Personen. L. 3. C. Si maior fact. alienat. in den Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürg. Rechts. 1. Th. Nr. X. S. 251—263.

selbe anzufechten unterlassen hat. Da hier eine Beschränkung der gewöhnlichen Verjährungszeit der Klagen Ausnahmsweise festgesetzt ist, folglich eine ausdehnende Erklärung nicht Statt finden kann; so gebietet schon dieser Grund, bey den Worten des Gesetzes stehen zu bleiben, und seine Anwendung in den Grenzen dieser von Justinian hier eingeführten besondern Verjährung zu beschränken. Es ist daher vor allen Dingen

1) zu bemerken, daß das Gesetz sich nur allein auf solche Veräußerungen bezieht, welche von Minderjährigen während der Pubertät geschehen sind. Auf Veräußerungen der Pupillengüter kann es daher nicht angewendet werden. Es erhellet dieß nicht nur daraus, weil von Pupillen in dem ganzen Gesetz gar keine Rede ist, indem es durchaus nur von **minoribus** spricht, daß aber unter diesen blos **puberes** verstanden werden, beweist unwidersprechlich die beygefügte nähere Beschreibung derselben: ***minorum***, **vel adhuc** ***sub curatoribus*** **constitutorum, vel** ***per veniam aetatis*** **eorum curam excedentium**; sondern es geht dieses auch vorzüglich daraus hervor, weil ja von der Veräußerung der Pupillengüter schon die vorhergehende Constitution des Kaisers Gordian handelt, welche Justinian keinesweges hat aufheben wollen. Hier tritt also die gewöhnliche Verjährung ein, welche zur Zeit des Kaisers Gordian keine andere, als eine **longi temporis praescriptio** seyn konnte, und also unter der Bedingung eintrat, *si bona fide possessor fuisset*, wie es in der *L. 2. C. Si maior factus* heißt, weil man zu der Zeit das erst später aufgekommene Institut der dreyßigjährigen Verjährung für alle persönliche und dingliche Klagen noch gar nicht kannte[53]. Diese Verjäh-

53) *L. un. C. Th. de action. certo temp. finiend.* (IV. 14.)

rung fing aber erst von dem Augenblick der erreichten Volljährigkeit zu laufen an, wie aus einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian an den Numidius, Corrector Italiae, erhellet.

L. 3. *C. Quib. non obiicitur longi tempor. praescript.* (VII. 35.) Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, *longi temporis praescriptioni* non imputari: *ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit.*

Ganz richtig bemerkt daher Unterholzner[54]), daß in der *L.* 3. *C. Si quis ignorans rem minoris esse* (V. 73.) bey den Worten: *nisi statutum temporis spatium intercesserit*, hinzugedacht werden müsse: exinde computandum, ubi tu ad legitimam aetatem pervenisti. Nach dem neuern Rechte würde nun die dreyßigjährige Verjährung eintreten, welche zwar während der Unmündigkeit des Pflegbefohlnen nicht läuft, aber von dem Augenblick der erreichten Mündigkeit an, nicht länger als dreyßig Jahre dauert[55]).

und *L.* 3. *Cod. Justin. de praescript. XXX. vel XL. annor.* (VII. 39.)

54) Ausführl. Entwickel. der gesammt. Verjährungslehre 1. Band. §. 35. Not. 126. S. 121.

55) *L.* 3. *C. de praescr. XXX. vel XL. annor.* — non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem denfendenda, *sed pupillari aetate duntaxat, quamdiu sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni:* nam cum *ad eos annos* pervenerint, *qui ad sollicitudinem pertinent curatoris*, necessario eis similiter, ut aliis, *annorum*

Ich sage 30 Jahre. Denn die Meinung, daß den Unmündigen nur eine vierzigjährige Verjährung schade, ist ein nun schon gründlich genug widerlegter Irrthum [56]). Justinian verordnete nun zwar, daß in allen den Fällen, in welchen das ältere Recht temporales praescriptiones gegen Minderjährige gestattete, zum Nachtheile derselben keine dergleichen mehr laufen sollte [57]); damit es nicht erst einer in integrum restitutio bedürfe, um die rechtlichen Nachtheile wieder aufzuheben, welche dem Minderjährigen durch den Ablauf der Verjährung erwachsen sind; allein auf die dreyßig= und vierzigjährige Verjährung hat dieß keinen Einfluß, in Ansehnng derselben soll es beym Alten bleiben, (videlicet exceptionibus XXX. vel XL. annorum in suo statu remanentibus) und zwar pupillaris aetas, aber nicht die Minderjährigkeit (pubertas) derselben im Wege stehen.

Der Ansicht, daß unsere Constitution auf die vom Tutor vorgenommenen Veräußerungen der Pupillengüter

triginta intervalla servanda sunt. — *L.* 7. *C. eodem* — aut si *aetas impubes* excipienda monstretur.

56) Man vergleiche hier vorzüglich Unterholzner's angef. Verjährungslehre. 1. Bd. §. 35. S. 123 — 127. Fritz über die Verjährung der Klagen der Minderjährigen und insbesondere der Unmündigen, im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeb. von Carl von Grolman und Egid. von Löhr. IV. Bandes 2. St. Nr. XV. S. 284 — 297. und B. W. Pfeiffer's pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 1. Bd. (Hannover 1825. 4.) Nr. III. S. 19 — 22.

57) *L.* 5. *Cod. In quibus causis in integrum restitut. necessaria non est.* (II. 41.)

nicht anzuwenden sey, stehen zwar die Basiliken[58]) entgegen, in welchen es heißt:

Εἴτε ἀνήβου, εἴτε ἀφήλικος, ἢ κουρατωρευομένου, ἢ αἰτήσαντος ἤδη συγγνώμην ἡλικίας, πρᾶγμα ἐξεποιήθη. i. e. *Sive pupilli, sive minoris, vel adhuc sub curatore constituti, vel eius, qui iam veniam aetatis impetravit, res alienata sit.*

Allein die Worte *εἴτε ἀνήβου*, sind eine Interpolation, wovon die *L.* 3. C. nichts enthält, und welche vielleicht denselben Irrthum zum Grunde hat, in den auch der große Cujaz verfiel, daß nämlich das longum tempus, oder, wie es eigentlich in der vorhergehenden L. 2. heißt, *statuti temporis excursus*, das tempus *quinque continuorum annorum* selbst, und also kein Unterschied sey, ob die Veräußerung während der Pubertät oder Impubertät des Pflegbefohlnen geschehen sey. Die Basiliken verdienen daher bey den ihnen entgegenstehenden Gründen hier keine Berücksichtigung. Viele[59]) sind indessen anderer Meinung, und stellen den Satz auf, die fünfjährige Präscription habe auch alsdann Statt, wenn Vormünder im Namen ihrer unmündigen Pflegbefohlnen Grundstücke derselben veräußert haben, ohne Beobachtung der gesetzlichen Form. Es widerlegt sich aber diese Meinung schon

58) Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 66. pag. 639.

59) *Jo. a* Sande de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 88. Struv Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. *Aemil. Lud.* Hombergk zu Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. *Marb.* 1745. Cap. II. §. 23. und von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. VII. §. 6. a. E. S. 162. Allein man sehe dagegen von Bülow angef. Abhandlungen. 1. Th. S. 256 — 258.

dadurch von selbst, daß das Gesetz von solchen Veräußerungen und Verpfändungen spricht, welche der Minderjährige selbst vorgenommen hat.

2) Die zur Vindication veräußerter Güter von Minderjährigen in unserm Gesetz verordnete fünfjährige Verjährung findet nur dann Anwendung, wenn die Veräußerung blos wegen Mangels der obrigkeitlichen Genehmigung ungülig ist. Das Gesetz sagt ausdrücklich: **Si quando** ***sine decreto*** **minorum — res alienantur vel supponuntur**; und nur ***occasione praetermissionis decreti*** soll nach Ablauf des **quinquennii** die Veräußerung nicht mehr angefochten werden können, sondern eine solche Gültigkeit erlangen, **quasi ab initio** ***legitimo decreto*** **fuisset res alienata vel supposita.** Die fünfjährige Verjährung findet daher keine Anwendung **a)** wenn ein Minderjähriger, während er noch unter der Vormundschaft stand, ohne Zustimmung und Beyrath seines Curators, eine Veräußerung oder Verpfändung vorgenommen hat, weil hier, auch von dem Mangel obrigkeitlicher Genehmigung ganz abgesehen, schon der Mangel der vormundschaftlichen Zustimmung die Gültigkeit hindert. Es ist also bey Anwendung unsers Gesetzes vorauszusetzen, daß der Minderjährige mit Zustimmung seines Curators gehandelt, oder **veniam aetatis** erhalten hatte, so daß es nur allein noch an der obrigkeitlichen Genehmigung fehlte, um der Veräußeruug Gültigkeit zu verschaffen [60]. **b)** Wenn

60) *L.* 3. *C. de in int. rest. minor.* (II. 22.) Dieser Meinung war auch ACCURSIUS ad L. ult. C. Si maior. ad verb. *Minorum*, und schon vor ihm CINUS, *Jac. de* ARENA und SALICETUS. Unter den neuern *Dav.* MEVIUS Decision. Tom. II. P. VIII. Decis. 372. *Car. Christ.* HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 672.

zwar ein Veräußerungsdecret ertheilt worden, aber bewiesen werden kann, daß solches durch Angabe falscher Ursachen, oder durch Verschweigung nöthiger Thatumstände erschlichen worden sey [61]). Diesen Vorbehalt des Beweises enthält schon selbst das gesetzliche Veräußerungsverbot des Kaisers Severus, in welchem es heißt: manente pupillo actione, *si postea potuerit probari*, *obreptum esse Praetori* [62]); und eben dieses bestätigen die Kaiser Valerianus und Gallienus in einem Rescript an den Severus [63]) folgenden Inhalts:

Et si Praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, *si falsis allegationibus circumventam religionem eius probare possit*, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis.

Da nun für diesen Fall vorzüglich eine actio in rem auf Zurückgabe des Veräußerten gegeben wird [64]); so

not. d. Christph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 166. S. 238. Adolph Diet. Weber Erläuterungen der Pandect. 2. Th. h. t. §. 1389. und Unterholzner in der ausführl. Entwickl. der gesammten Verjährungslehre. 2. B. §. 163. S. 43. f. Anderer Meinung sind jedoch *Octav.* Simoncellus de decretis. Lib. III. Tit. 8. Insp. II. Cas. II. nr. 25. pag. 619. sq. und *Jud. Thad.* Zauner Introd. in ius Digest. P. I. Lib. II. Tit. 21. §. 5.

61) S. von Berg angef. Abhandlung §. 8. u. 9. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 1. Th. S. 165. ff.

62) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

63) *L.* 5. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

64) *L.* 5. §. 15. *D. h. t.*

wird dieselbe nur erst durch die in diesem Falle auch bey Gütern der Minderjährigen eintretende Verjährung von dreyßig Jahren erlöschen.

3) Ob das Gesetz auch bey Veräußerungen Statt finde, welche von dem Curator allein, ohne Zuziehung des minderjährigen Pflegbefohlnen, vorgenommen worden sind, ist streitig. Bleibt man blos bey den Worten stehen, so müßte die Frage verneinend beantwortet werden. Denn das Gesetz spricht blos von Veräußerungen, welche der Minderjährige selbst vorgenommen hat. Aus diesem Grunde läugnen auch wirklich einige[65]) die Anwendung des Gesetzes auf jenen Fall. Allein warum sollte nicht eine vom Curator im Namen des Minderjährigen vorgenommene Veräußerung füglich eine von dem Minderjährigen vorgenommene genannt werden können? Der Eingang des Gesetzes beschränkt wenigstens den Fall, welcher der gesetzlichen Bestimmung zum Grunde liegt, keinesweges auf die selbsteigenen Veräußerungen der Minderjährigen, sondern spricht ganz allgemein:

Si quando sine decreto minorum, — res alienantur, vel supponuntur.

Heut zu Tage hat dieß um so weniger Bedenken, da die Vormünder gewöhnlich alles allein thun, bis die Pflegbefohlnen die Großjährigkeit erreicht haben. Daher lassen Andere[66]) die fünfjährige Präscription auch

65) *Jo. Balth. L. B. a* Wernher Select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 482. und Thibaut über Besitz und Verjährung. §. 55. a. E. S. 150.

66) Struv Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. *J. H.* Boehmer Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. CCXVI. nr. 28. pag. 295. in fin. et sq. und Unterholzner Verjährungslehre. 2. B. §. 163. S. 43.

hier eintreten. Die mehresten[67]) schlagen jedoch einen Mittelweg ein, und meinen, es müsse der Minderjährige wenigstens von der Veräußerung unterrichtet gewesen seyn, weil das Gesetz von einem fünfjährigen Stillschweigen spricht, welches eine genaue Wissenschaft von allen Umständen der Veräußerung voraussetze. Allein dann würde ja das **Quinquennium** nicht von dem Moment der erlangten Volljährigkeit, sondern erst von Zeit der erlangten Kenntniß aller Umstände der Veräußerung zu laufen anfangen. Dieß behaupten auch wirklich diejenigen, welche diesen Mittelweg einschlagen. Sie wollen die fünfjährige Präscription nach den Grundsätzen der Genehmigung beurtheilt wissen. **Ignorans autem ratihabere non intelligitur.** Es kommt also nun noch

4) auf die Frage an, von welcher Zeit die fünf-

67) *Ant.* Faber Cod. definition. forens. Lib. V. Tit. Si maior. factus Def. 2. pag. 577. *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XXXIII. nr. 571. *Octav.* Simoncellus Tract. de decretis. Lib. III. Tit. IX. nr. 37. sq. pag. 625. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. ult. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. Müller ad *Struvium* Exerc. XXXI. Th. 86. not. γ. *Huld. ab* Eyben Diss. de decreto alienandi. Th. 39. et 40. (*Scriptor.* pag. 378.) *Aemil. Lud.* Homberg zu Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. (*Marburgi* 1745.) Cap. II. §. 24. *Jo. Ortw.* Westenberg Princ. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. ult. *Car. Christ.* Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 672. in fin. Ge. Lud. Böhmer auserles. Rechtsfälle. 2. Band. 2. Abth. Nr. 167. Qu. 2. nr. 20. S. 649. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. a. E. und Carl Jul. Meno Valett ausführliches Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Band. §. 908. S. 166.

jährige Präscription zu laufen anfange? Das Gesetz sagt:

Praecipimus, si *per quinque continuos annos, post impletam minorem aetatem*, id est, *post viginti quinque annos connumerandos*, nihil conquestus est super tali alienatione, vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.

Es kann wohl nichts so klar vor Augen liegen, als hier die gesetzliche Bestimmung, daß die zur Anfechtung der ungültig geschehenen Veräußerung festgesetzten fünf Jahre gleich vom Augenblick der eingetretenen Volljährigkeit an gerechnet werden sollen. Um keinen Zweifel übrig zu lassen, erklärt sogar der Gesetzgeber näher, was sich schon von selbst verstanden hätte, wenn diese Volljährigkeit eintrete, nämlich gleich nach dem zurückgelegten fünf und zwanzigsten Jahre. Von einer auf Seiten des großjährig gewordenen Minderjährigen vorauszusetzenden und nothwendig erforderlichen Kenntniß der wahren Umstände der vorgenommenen Veräußerung, von welcher der Anfang der Berechnung jener fünf Jahre abhängen solle, ist in dem ganzen Gesetz keine Rede. Daß auch darauf keine weitere Rücksicht genommen werden solle, hat der Gesetzgeber durch die Worte: *per quinque* CONTINUOS *annos* deutlich genug ausgesprochen. Denn ein tempus continuum ist ja eine solche Zeit, welche unaufhaltsam vom ersten bis zum letzten Tage fortläuft, und daher nicht nur mit dem ersten Moment der ihr vorgezeichneten Reihe ihren Lauf beginnt, sondern auch von da

an unausgesetzt in einer steten Bewegung zum vorgesteckten Ziele hinfließt, so daß keine factische Hindernisse, und also auch niemals Unkunde der Thatsache, wodurch die Klage begründet wird, auf einen solchen Zeitraum irgend einen Einfluß haben können [68]). Ein solches **tempus continuum** findet nun besonders bey der Verjährung Statt [69]), von welcher Justinian *L. ult. in fin. C. de praescript. longi temp. X. vel XX. annor.* (VII. 33.) ausdrücklich sagt: **nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio**, und von deren Ablauf sagen die Gesetze ***actiones silentio traditas*** **esse** [70]), gerade so, wie es in unserer *L.* 3. heißt, ferner **actiones** ***triginta annorum iugi silentio***, **ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem** [71]). Der Ausdruck **silentium** ist also bey Verjährungen so gewöhnlich, daß sich daraus schlechterdings keine stillschweigende Ratihabition folgern läßt. Der unsterblich verdiente Just. Henn. Böhmer hatte schon dieselbe Ansicht, und hat solche auch mehrmals in seinen practischen Arbeiten zur Anwendung gebracht. Er sagt nämlich in seinen rechtlichen Gutachten und Erkenntnissen [72]), „das **quinquennium** fängt schlechterdings **post viginti quinque annos**,

68) *L.* 8. *D. de his, qui notant. infam.* wo Ulpian sagt: **tempus continuum merito et ignoranti cedit.** S. den 3. Th. des Commentars §. 269. a. S. 554. f.

69) S. Haubold **Exerc. iur. civ. de temporis continui et utilis computatione. Cap. III. in** *Opusc.* **Vol. I. pag. 410.**

70) *L.* 1. *C. de ann. except.* (VII. 40.)

71) *L.* 3. *C. de praescr. XXX vel XL. annorum.* (VII. 39.)

72) **Consultation. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. CCXVI. nr. 27. pag. 295.**

und nicht a tempore scientiae an, wie aus der *L. fin. C. Si maior. factus alienat.* mit mehreren erhellet, zumal weil das, was einige Interpretes dabey von der praesumta ratihabitione, et quod haec scientiam praesupponat, anführen, ganz ohne Grund ist, da nach dem angeführten Gesetz das quinquennium sonst a tempore scientiae anfangen müssen, welches aber dem gedachten Text schnurstracks zuwider, und ein Anders praescriptio, ein Anders approbatio tacita ist, quod haec, non illa, scientiam desideret, widrigenfalls diese exceptio fast durchgehends unbrauchbar seyn würde." An einem andern Orte[73]) sagt er: „Wenn sofort ex qualicunque ignorantia contra hunc lapsum quinquennii die restitutio in integrum gelten sollte, so würde die dispositio *L. ult. cit.* mere elusoria werden, welche doch mit gutem Bedacht deswegen eingeführt worden, ne temere alienata revocentur." Eben so heißt es an einem dritten Orte[74]): „Endlich ein bloßes figmentum ist, was von der tacita ratihabitione ex lapsu quinquennii angeführt zu werden pflegt, da vielmehr allhier eine wahre Präscription, welche auch, partibus invitis, in poenam negligentiae Statt findet, vorhanden, und nach dessen Natur hiervon geurtheilt werden muß." Ohne Zweifel hat Justinian den großjährig gewordenen Minderjährigen, wie von Leyser[75]), welcher diese Ansicht theilt, ganz richtig bemerkt hat, jenen Zeitraum von fünf Jahren darum gegeben, um binnen

73) Ibid. Resp. DCXVII. Qu. I. nr. 15. pag. 912.

74) Consultat. et Decision. Tom. III. P. III. Decis. CCCCXCII. nr. 14. pag. 30.

75) Medit. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLV. medit. 3. et 4. pag. 559.

demselben die nöthigen Erkundigungen einzuziehen, und sich von den wahren Umständen der Veräußerung Kenntniß zu verschaffen [76]). Versäumt der Großjähriggewordene diese Zeit, so ist dieses nicht sowohl als eine stillschweigende Ratihabition anzusehen, sondern es soll nun kein Streit mehr über die Vernachläßigung der gesetzlichen Form Statt finden. Die Veräußerung soll nun für eben so gültig gehalten werden, als wäre sie gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Feyerlichkeit geschehen. Klagt also nach Ablauf der gesetzlichen Zeit der Großjähriggewordene, so wäre es lächerlich, ihm die Einrede der stillschweigenden Ratihabition entgegenzusetzen, denn durch Anstellung der Klage hat er ja schon das Gegentheil erklärt. Nein, die **exceptio praescriptionis** wird ihm entgegengesetzt, und zwar mit Recht, denn er hat es seiner Nachläßigkeit zuzuschreiben, wenn nun das gesetzliche Präjudiz eintritt, **cum contra desides homines, et sui iuris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt** [77]). Wollte man nach Ablauf der gesetzlichen Frist dem Vorwand der Unwissenheit so leicht Gehör geben, zu wievielen Mißbräuchen würde diese Einschränkung nicht Anlaß geben? Dieß ist es, worüber auch Leyser klagt, wenn er a. a. O. sagt. **Ista vero limitatione quantopere abutantur litigatores, dici non potest. Veniunt nempe, qui iam ante quinque, decem, viginti, triginta, quadraginta annos maiores facti sunt, res in pupillari aetate venditas vindicant, et, quum praescriptio quinquennii obiicitur,** ***se nunc demum negotii gesti notitiam***

76) *L.* 1. *D. de usurpat. et usucap.* — **cum sufficeret dominis** ***ad inquirendas res suas*** **statuti temporis spatium.**

77) *L.* 3. *in fin. C. de ann. except.* **(VII. 40.)**

accepisse, respondent, ac, si dubitetur, iusiurandum offerunt. Ita vero *Legem ultimam Cod. Si maior alienationem* semper eludunt, inutilemque efficiunt. Quod ne fiat, melius est, hanc limitationem penitus amputari. Die einzige Ausnahme würde Statt finden, wenn der erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist aufgetretene Kläger beweisen könnte, daß er sich alle Mühe gegeben, die erforderliche Kenntniß zu erlangen, aber ohne sein Verschulden früher, als bis jetzt, seinen Zweck nicht habe erreichen können, welche Ausnahme auch Leyser a. a. O. zuläßt. In diesem Falle würde denn auch eine außerordentliche Wiederherstellung des vorigen Zustandes nicht mehr als billig seyn [78]). Dem Böhmer und Leyser ist auch Herr von Berg [79]) beygetreten. Es entsteht ferner

5) die Frage, ob der großjähriggewordene Pflegbefohlne binnen der gesetzlichen Frist von fünf Jahren nothwendig Klage erheben müsse, um sein Zurückforderungsrecht gegen die nachtheiligen Folgen der Verjährung zu schützen, oder ob nicht jede auch außergerichtliche Erklärung dazu hinreiche? Auch diese Frage ist streitig. Viele [80])

78) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Band. §. 137. S. 494.

79) S. Desselben angef. Abhandlung. §. 7. in den jurist. Beobachtgg. und Rechtsfällen. 1. Bd. S. 163. f. Man vergl. auch Dabelow's Handbuch des Pandect. Rechts. 3. Th. §. 306. S. 579.

80) Azo und Bartolus ad L. ult. C. Si maior factus. Ferner *Franc.* Raguellus Commentar. ad Constitution. et Decision. Justiniani Lib. V. ad L. ult. Cod. cit. pag. 389. in fin. *Jo. a* Sande Tr. de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 92. *Jo. Jac.* Wissenbach Comm.

behaupten das Letztere. Allein die in dem Gesetz gebrauchten Ausdrücke: *conquestus est*, so wie früher: *longo silentio querelam huiusmodi tradiderint*, deuten wohl ohne Zweifel auf eine gerichtliche Klage hin. Die Vindication trifft hier mit der Nichtigkeitsklage zusammen, für welche die Benennung **querela** technisch ist. Denn die jetzt so genannte *querela nullitatis* ist nichts anders, als eine so genannte qualificirte Vindicationsklage[81]. Die Gesetze[82]) gedenken auch nur der Klage, und es ist wohl nichts natürlicher, als daß, wenn die Klagbarkeit eines Rechts, als reine Folge der Unterlassung, durch Verjährung verloren gehen soll, dieser Verlust nur durch die gerichtliche Verfolgung desselben abgewendet werden kann[83]). Hierzu kommt, daß eine außergerichtliche Denunciation oder Protestation (**denunciatio contrariae voluntatis**) in der Regel nur in außerordentlichen Fällen zugelassen ist, wo derjenige, der durch die Verjährung bedroht wird, besonderer Gründe wegen, welche die Belangung des Gegners unthunlich machen, außer Stand ist, die nachtheiligen Wirkungen der Verjährung durch die Anhängigmachung eines Rechtsstreits abzuwenden[84]). Die

in Cod. ad L. 1. et 3. C. Si maior. factus. p. 503. und *Octav.* Simoncellus Tr. de decretis Lib. III. Tit. IX. Cas. 2. nr. 49. et 50. p. 631.

81) *L.* 4. *L.* 14. *L.* 16. *C. de praed. et aliis reb. minor.* S. Martin's Rechtsgutachten. 1. Bd. Nr. IV. §. 5. S. 252.

82) *L.* 5. §. 15. *D. h. t.*

83) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Bd. §. 126. S. 448.

84) *L.* 2. *C. de annali except.* (VII. 40.) S. Unterholzner's Verjährungslehre. I. Bd. §. 129. S. 453. ff.

Ansicht derer, welche eine außergerichtliche Erklärung oder Denunciation zur Unterbrechung der fünfjährigen Verjährung nicht für hinreichend halten, ist daher unstreitig gegründeter[85]).

6) Da die Gesetze dem großjährig gewordenen Pflegbefohlnen nur eine Klage geben, wenn er oder seine Erben die während seiner Minderjährigkeit nichtig veräußerten Sachen vindiciren wollen, welche nur allein die Verjährung zu unterbrechen vermag; so entsteht die Frage, ob mit dem Ablauf von fünf Jahren blos die Klage erloschen sey, oder ob auch die Zulässigkeit, die Veräußerung per modum exceptionis zu bestreiten, aufhöre? Weber[86]) hält auch diese Frage für streitig. Ich glaube aber, die Entscheidung derselben liege schon in dem Gesetz selbst. Das Gesetz verordnet nämlich, wenn der Minderjährige eine Veräußerung, die während seiner Minderjährigkeit ohne Beobachtung der gesetzlichen Form geschehen ist, nach erlangter Großjährigkeit nicht binnen fünf Jahren angefochten hat, so soll sie nachher aus jenem Grunde nicht weiter bestritten werden können, sondern nun dadurch eine solche Gültigkeit erhalten, als wenn die Veräußerung gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Form wäre vorgenommen worden. Unterholzner[87]) nennt dieß ganz richtig Bestärkung eines Rechtsgeschäfts durch Verjährung. Wie kann also nun noch eine

85) Man vergl. vorzüglich von Bülow angeführte Beyträge zu der Lehre von Veräuß. der Güter pflegbefohlner Personen; §. 5. in den Abhandlungen über einz. Materien des röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 260—262.

86) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. h. t. §. 1389. S. 208.

87) Verjährungslehre 2. Band §. 162. f. S. 41. f.

Bestreitung derselben **per modum exceptionis** zulässig seyn? Wie kann von einer Einrede noch die Frage seyn, wenn, wie hier, das Recht, worauf die Einrede sich stützt, durch Verjährung geradezu aufgehoben wird? Daher kann auch namentlich auf ein durch Verjährung verloren gegangenes Eigenthum keine Einrede mehr gegründet werden[88]).

7) Ganz abgesondert von dem Falle, wo das **Quinquennium** entscheidet, ist der, wenn die Veräußerung in einer bloßen Schenkung besteht. Eine solche ist, wenn nicht von einer **donatio propter nuptias** die Rede ist, schon an sich ungültig, auch ganz abgesehen von dem Mangel obrigkeitlicher Genehmigung, weil die Obrigkeit eine solche Veräußerung nicht genehmigen darf. Hier ist daher dem Minderjährigen, nach erreichter Großjährigkeit, eine längere Zeit zur Zurückforderung der verschenkten Sachen gesetzt. Die Schenkung soll anders nicht ihre Gültigkeit erhalten, als wenn von dem zurückgelegten fünf und zwanzigsten Jahre an, zehen Jahre unter Gegenwärtigen und zwanzig Jahre unter Abwesenden verflossen sind, ohne daß der Donator sie zurückgefordert hat. Es ist merkwürdig, daß der Gesetzgeber den Gegenstand hier näher bezeichnet, als in jenem Falle einer fünfjährigen Präscription. Die Schenkung muß eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben. Bey jener Präscription hingegen kommt es nicht darauf an, ob die ohne Beobachtung der gesetzlichen Form veräußerte Sache eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist, insofern bewegliche Sachen der Minderjährigen nicht ohne obrigkeitliche Genehmigung veräußert werden können. Sollte denn aber das Gesetz, wo

88) *L.* 57. *D. Mandati.* S. Unterholzner's Verjährungslehre. 2. Band. §. 158. S. 25. Not. 543.

es von der Zurückforderung der Schenkungen spricht, wirklich so, wie die Worte besagen, bloß auf Grundstücke zu beschränken, oder nicht auch zugleich auf verschenkte bewegliche Sachen anzuwenden seyn? Für das Erste sprechen zwar folgende Gründe. 1) Die zehen- und zwanzigjährige Verjährung findet nur bey unbeweglichen Sachen Statt. 2) Es ist hier zugleich von Minderjährigen die Rede, welche **veniam aetatis** erhalten haben. Diese sind aber nur in Ansehung der unbeweglichen Sachen an die obrigkeitliche Genehmigung bey Veräußerungen gebunden, während ihnen über bewegliche Sachen ein unbeschränktes Verfügungsrecht zusteht [89]). Es konnte daher bey solchen Minderjährigen schon deswegen von einer Zurückforderung verschenkter beweglicher Sachen keine Rede seyn. Wollte man indessen streng bey den Worten stehen bleiben, so würde diese beschränkende Auslegung zu dem Widerspruche führen, daß die Zurückforderung beweglicher Sachen mehr, wie die der unbeweglichen, begünstigt sey. Um also diesem Widerspruche auszuweichen, muß man annehmen, daß wo es zur Veräußerung von beweglichen Sachen eines Decrets bedurft hätte, der Mangel desselben nach erreichter Großjährigkeit des Veräußerers durch ein Stillschweigen von zehn und zwanzig Jahren, gleichwie bey den unbeweglichen Sachen, ergänzt werde, so daß also in Ansehung derselben die Minderjährigen, welche unter der Curatel stehen, denen welche **veniam aetatis** erhalten haben, rücksichtlich der

89) *L. 3. C. de his, qui veniam aetatis impetrar.* (II. 45.) Dieses Gesetz ist nur wenige Tage vor der *L. 3. C. Si maior. factus* gegeben worden, nämlich *VIII. Id. April.* Decio Cons. 529. Die *L. 3. Si maior. fact.* aber Idib. April. Es kann also nicht auffallend seyn, daß Justinian in jener Constitution die letztere nicht erwähnt hat.

Veräußerung gleichgestellt sind[90]). Die Basiliken[91]) sprechen zwar hier blos von einem Minderjährigen, welcher nach erhaltener venia aetatis verschenkt hat. Allein die Worte unserer *L.* 3. Si minor *vel post veniam aetatis* beziehen sich unstreitig auch auf einen minderjährigen Curanden. Man nimmt jedoch bey dieser Präscription an, daß der Besitzer in gutem Glauben seyn müsse, d. h. nicht gewußt haben müsse, daß es eines Minderjährigen Sache war[92]), wenn er sich gegen die Ansprüche des vindicirenden Klägers mit der Präscription vertheidigen will. Justinian scheint auch hier wirklich auf frühere Verordnungen Rücksicht genommen zu haben. Denn so rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian an den Alexander.

L. 4. *C.* *Si quis ignorans.* (V. 73.) Quoniam adversus emtorem, ad quem ex persona eius, cui contra Senatusconsultum donata res est, iusto titulo interveniente, ea res, de qua lis est, transitum fecit[93]): requirere oportebit, *an praesente priore*

90) S. von Bülow angef. Beyträge in den Abhandlungen 1. Th. S. 263.

91) *Tom. I. Lib. X. Tit.* 4. *Const. ult. pag.* 640. ἐὰν ὁ ἐλάττων συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσας ἤδη, δωρήσηταί τινι: i. e. *si minor, venia aetatis impetrata, donaverit alicui.*

92) *Jacob.* Cujacius in Paratitl. et Recitat. solemn. in Tit. 73. Lib. V. Cod. *Si quis ignorans. Pet.* Müller ad *Struvium.* P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. not. δ. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Bd. §. 1577. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 762. S. 636. der 3. Ausgabe.

93) Jeder Leser wird bemerken, daß hier etwas fehlt. Pothier in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIX. not. d.

domino, et maiore effecto, sine controversia bona fide decennio, vel absente viginti annis, qui quaestionem patitur, possessor fuisse monstretur. **Quod si apud gravitatem tuam manifeste constiterit, sine ulla cunctatione,** ***habita longi temporis praescriptione,*** **petitorem oportebit excludi. Dat. VI Id. Jun. Dorostoli.** ***CC. Cons.***

8) Insofern der Vater über seine minderjährigen Kinder, welche seiner väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen sind, die gesetzliche Vormundschaft führt, müssen die in solcher Eigenschaft von ihm vorgenommene Handlungen auch ganz nach dem Vormundschaftsrechte beurtheilt werden. Da nun die Gesetze dem Vater bey Veräußerungen der Güter seiner minderjährigen Kinder der Nothwendigkeit unterwerfen, ein obrigkeitliches Decret einzuholen [94]); so muß auch den Kindern, im Fall einer ohne obrigkeitliche Genehmigung eigenmächtig vom Vater vorgenommenen Veräußerung, das allen Großjähriggewordenen zuständige Vindicationsrecht gestattet werden, und es kann daher die Anwendung der *L. 3. C. Si maior. factus* auf diesen Fall keinem Zweifel unterworfen seyn [95]).

pag. 165. supplirt nach den Worten: **Quoniam adversus emtorem** die Worte *actio petitur;* oder vielleicht besser **actio movetur.**

94) *L. 7. §. 2. D. h. t. L. 3. C. de praed. et aliis rebus minor.*

95) S. von Bülow Abh. In welcher Beziehung steht die *L. 3. C. Si maior factus* zu der vom Vater vorgenommenen Veräußerung der Güter seiner Kinder? in Desselben Abhandlungen aus dem röm. Rechte. 1. Th. S. 26[illegible] — 270.

III. Eine ohne richterliches Decret geschehene Veräußerung soll ferner dadurch gültig werden, wenn das Veräußerungsgeschäft vom Landesherrn bestätigt worden ist[96]). Man sagt, ein solches Decret ergänze den Mangel aller gesetzlichen Feyerlichkeiten[97]). Nun hat zwar Kr. Aurelian[98]) allerdings rescribirt, die landesfürstliche Genehmigung gelte soviel, als das richterliche Decret, und es hat daher auch keinen Zweifel, daß es den Mangel desselben ergänze. Allein deswegen läßt sich doch nicht behaupten, daß alles vollkommen gültig sey, was der Regent nach der ihm gemachten Vorstellung gebilligt hat. Denn diese kann ja blos einseitig und unwahr seyn. Daß auch wirklich die Regenten auf solche Anträge häufig genug Verfügungen erlassen, beweisen die Gesetze selbst, welche verordnen, daß jedes Rescript nur unter der stillschweigenden Clausel: *si preces veritate nitantur*, gelten solle[99]), ja die **exceptio sub- et obreptionis** gegen landesherrliche Rescripte gestatten[100]). Soll also das landesherrliche Decret den Mangel der richterlichen Genehmigung ergänzen, so wird vorausgesetzt, daß dem Landesherrn die wahren Umstände der Sache, insonderheit die Veräußerungs-Ursachen müssen angegeben, und also das Decret eben so, wie das richterliche, nach vorhergegangener Untersuchung derselben müsse

96) *Paul.* Montanus Tr. de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 574. *Jo. Balth. L. B. a* Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 164. *Aem. Lud.* Hombergk *zu* Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienation. Cap. II. §. 25.

97) *L.* 19. *C. de Testament.* (VI. 23.)

98) *L.* 2. *C. Quando decreto opus non est.* (V. 72.)

99) *Cap.* 2. *X. de Rescript.*

100) Jüngst. Reichsabsch. v. 1654. §. 80.

erlassen worden seyn[1]). Nach der heutigen Verfassung wird ohnehin der Landesherr nicht leicht selbst verfügen, sondern den Supplikanten, wie billig, an den ordentlichen Richter verweisen[2]).

IV. Wenn der Minderjährige, welcher die Mündigkeit bereits erreicht hatte, die Veräußerung mit einem körperlichen Eide bekräftiget hat[3]).

V. Wenn der Minderjährige den beerbt, welcher das Veräußerte zurückgeben müßte[4]).

VI. Wenn der Mündel den Vormund, oder dieser jenen beerbt. Jedoch convalescirt hier die Veräußerung nur nach Maasgabe der Größe des Erbtheils des Erben[5]). Endlich

1) S. Wernher c. l. und Hombergk zu Vach cit. Diss. Vergl. auch Martin's Rechtsgutachten. 1. Band. Nr. IV. §. 13. S. 265. f.

2) S. Claproth's Rechtswissensch. von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 164. und Schweppe röm. Privatrecht. 1. B. §. 115. d. der 4. Ausgabe.

3) *L. 1. Cod. Si advers. vendit.* (II. 28.) und *Authent.* Sacramenta puberum *C. eod. tit.* S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 341. S. 553. ff. und von Savigny Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. Bd. IV. S. 162 — 171.

4) *L. 14. C. de Rei vindicat.* (III. 32.) S. Claproth's angef. Rechtswissenschaft §. 160. Nr. 5. Hufeland Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. §. 1577. Anmerk. 1. und Webers Erläuterungen der Pandect. 2. Th. §. 1389. Nr. 4.

5) *L. 14. C. de Rei vind.* (III. 32.) *L. 3. C. de rebus alien. non alienand.* (IV. 51.) *L. 14. C. de Evictionib.* (VIII. 45.) S. Voet Comm. ad Pand h. t. §. 14.

VII. wenn der Mündel vom Vormunde vollkommen entschädiget worden ist [6]).

HUFELAND Lehrb. a. a. O. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. Bd. §. 526. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. S. 99. (der dritten Aufl.) VALETT ausf. Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. Bd. §. 908.

6) *L.* 10. *D. h. t.* ULPIAN. *Libro VI. Opinionum.* Illicite post Senatusconsultum pupilli vel adolescentis praedio venumdato, si eo nomine apud iudicem tutelae vel utilis actionis aestimatio facta est, eaque soluta, vindicatio praedii ex aequitate inhibebitur. S. von Wening-Ingenheim Lehrb. a. a. O.

Lib. XXVII. Tit. X.

De curatoribus furioso et aliis extra minores datis.

§. 1390.

Allgemeine Sätze von der Cura, und deren wesentlicher Unterschied von der Tutel nach dem röm. Rechte.

Die **Cura**, von welcher hier zu handeln ist, unterscheidet sich von der Tutel wesentlich darin, daß sie blos über das Vermögen einer Person bestellt wird, welches dieselbe selbst zu verwalten gehindert ist. Zwar ist auch die Tutel in der Regel mit der Vermögens-Verwaltung des Pupillen verbunden, allein sie ist Erstens kein nothwendiges Merkmal, welches der Tutel ausschließend angehört. Daher kann, wenn auch ein Tutor bereits vorhanden ist, noch ein Curator eintreten, der blos über das Vermögen, als solches, gesetzt ist. Ja die altrömische Tutel über Weiber hatte mit der Verwaltung des Vermögens gar nichts zu schaffen, der **tutor** ward blos für **auctoritatis interpositio** bestellt. Bey der Pupillen-Tutel spricht aber, wenn nicht ein besonderer Curator des Vermögens ernannt ist, im Zweifel die Vermuthung für die mit dem Amte des Tutors stillschweigend verbundene Vermögens-Verwaltung. Daher sagt Ulpian[7]):

7) *Fragm. Tit. XI.* §. 25. (in Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 603.)

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt: mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

In Betreff dieser Verwaltung steht daher der Tutor dem Curator gleich, beyde sind in Ansehung derselben domini loco [8]), so weit nicht die Vormundschaft aus Gründen in der gestio beschränkt ist. Der Unterschied besteht nur darin, daß beym Tutor die Verwaltung des Vermögens von der Person ausgeht, der Curator hingegen, ohne Rücksicht der Person, über das Vermögen, als solches, gesetzt ist [9]). Daher der Tutor bey Schließung der rechtlichen Geschäfte des Pupillen, besonders derjenigen, die derselbe nur in eigner Person vornehmen kann [10]), durch sein Vollwort (auctoritas) die mangelhafte bürgerliche Persönlichkeit des Mündels ergänzt, was der Curator nicht kann [11]). Dieß ist es, wenn die Gesetze [12]) sagen: *Tutor personae, non rei vel causae datur.* Darin unterscheiden sich also die Tutel und Curatel wesentlich von einander, daß nur der Tutor allein das Recht hat, bey den rechtlichen Geschäften des Pupillen Auctorität zu interponiren, weil die Gesetze annehmen, ein Impu-

8) *L.* 56. §. 4. *D. de furt. L.* 157. *pr. D. de Reg. iur.*

9) S. die Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 5. Bandes 2. Heft. S. 284. f.

10) §. 1. *J. de auctorit. tutor. L.* 19. *D. de auctorit. et consensu tutor. et curator.*

11) S. *Heinr.* Zoepfl Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. *Bamberg* u. *Aschaffenburg* 1828. 8. §. 7. und 8.

12) *L.* 14. *D. de testam. tut.*

des habe noch keinen juristisch vollgültigen Willen, deswegen müsse der Tutor, bey Schließung eines rechtlichen Geschäfts seines Mündels, desselben bürgerliche Persönlichkeit durch sein Vollwort ergänzen, welches hingegen der einem Pupillen gegebene Curator nicht kann[13]). Daher muß immer zur Schließung solcher Geschäfte des Pupillen, die derselbe nur in eigner Person vornehmen kann, ein Tutor bestellt werden[14]), welches auch jenem Rechtssatz nicht entgegen ist. Denn auch in solchen Fällen, wo Tutoren für einzelne Geschäfte vorkommen[15]), wird doch der Tutor gewissermaßen für die ganze Persönlichkeit gegeben, nur daß hier die wirkliche Ausübung seiner Thätigkeit auf ein Rechtsgeschäft beschränkt, und er dann wieder entlassen wird[16]). Eben so bleibt immer die **auctoritatis interpositio** ausschließender Charakter der Tutel, wenn gleich dieselbe zuweilen, wie bey der **tutela infantis**, oder **furiosi pupilli**, für den der Tutor selbst handeln muß, ihrer Natur nach, oder wegen eines speciellen Verbots, sich in die Geschäftsverwaltung des Mündels einzumischen, wie beym **tutor honorarius** der Fall seyn kann, in Ansehung der Ausübung gehindert ist. Von diesem letztern Falle ist, nach meiner Ueberzeugung, die *L. 4. D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.* zu verstehen, wie ich an einem andern Orte[17]) ausführlicher gezeigt habe. Es ist

13) S. den 29. Th. des Commentars §. 1298. a. S. 7. ff.

14) *L. 17. §. 1. D. de appellat.* (XLIX. 1.)

15) S. z. B. Gajus *Institut. Comm. I.* §. 176 — 184. und Ulpian. Fr. Tit. XI. §. 18 — 20.

16) S. Puchta Miscellen, im Rhein. Museum für Jurisprudenz. 2. Jahrg. Bonn 1828. S. 383. f.

17) S. den 29. Th. des Commentars §. 1304. S. 189. f.

zwar in einer neuern Schrift [18]) dagegen eingewendet worden, daß man die Worte: tamen *si tutor auctoretur*, cui administratio tutelae *concessa non est*, id ratum a Praetore haberi non debet, durchgehends ganz unrichtig verstanden habe. Denn Erstens dürfe das Wort *auctorari* hier nicht als gleichbedeutend mit auctor fieri, auctoritatem interponere genommen werden. Das Wort *auctorare*, so wie das Deponens *auctorari*, heiße in der römischen Sprache nichts anders, als verkaufen. So Quintilian [19]): *Quidam, ut patrem sepeliret, auctoravit se.* Eben so komme das Deponens *auctorari* auch nur in der Bedeutung von verkaufen vor: z. B. bey Apulejus [20]): *Mulier execrando metallo pudicitiam suam protinus auctorata est.* In dieser Bedeutung werde nun also die *L.* 4. so zu übersetzen seyn:

„Obgleich das Vollwort eines Tutors hinreichend ist, wenn mehrere Tutoren gegeben sind, so darf es doch der Prätor nicht genehmhalten, wenn der Tutor eine Veräußerung vornimmt, dem die Administration der Tutel nicht gestattet ist."

Durch diese Uebersetzung sey nun aller Widerspruch mit *L.* 14. §. 1. *D. de solution.* und *L.* 49. *D. de acquir. vel omitt. hered.* beseitiget, mithin auch die darüber entstandene Controvers verschwunden. Das Fragment verbiete jetzt dem tutor honorarius ganz und gar

18) S. *Heinr.* Zoepfl's oben Not. 11. angeführte Schrift. §. 12. S. 46. folg.

19) *Arg. Declamat. CCCII.*

20) *Metamorphos. Lib. IX.* (cum commentar. *Phil. Beroaldi* Tom. II. pag. 353. 8.)

nicht mehr die **auctoritatis interpositio**, sondern nur das Vornehmen von Veräußerungen, die reine Acte der Administration sind, wobey ja oft gar keine **auctoritatis interpositio** vorkomme, wenn nämlich der Vormund veräußert, ohne den Pupillen mithandeln zu lassen. So ergebe sich also aus der *L.* 4. das Resultat:

„Der **tutor honorarius** wird durch dieses Fragment von dem Rechte **auctoritatem** zu interponiren, nicht ausgeschlossen; denn der Eingang des Fragments: *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat* — macht gar keinen Unterschied zwischen gerirenden Tutoren und **honorariis**, sondern spricht ganz allgemein jedem Tutor das Recht zur Einlegung des Vollworts zu. — Durch den Nachsatz, welcher mit der Partikel *tamen* anfängt, werden aber aus der Zahl der **plurium tutorum**, welche sämmtlich **auctoritatem** interponiren dürfen, diejenigen ausgeschieden, welche Veräußerungen vornehmen dürfen. Diese Veräußerungsbefugniß konnte den **honorariis**, sehr gut entzogen seyn, ohne ihrem Rechte **auctoritatem** zu interponiren zu schaden. Denn eine Veräußerung ist nicht nothwendig ein Act der **auctoritatis interpositio**, sondern nur der **administratio**, die jeder Curator auch vorzunehmen befugt ist, in sofern die Gesetze dem Vormunde überhaupt Veräußerungen gestatten."

„Da also dem **tutor honorarius** unbedingt das Recht der **interpositio auctoritatis** zukommt, so habe man Zweytens auch gar nicht nöthig, die Worte: *cui administratio tutelae concessa non est*, **in cui interdicta est** abzuändern. Denn *non concessa* — nicht übertragen — heiße die Administration im Gegensatz der **decreta**. Der Tutor, dem die Administration **non con-**

cessa = non decreta ist, könne kein anderer sein, als der honorarius, und so diene diese Stelle zur Unterstützung der aufgestellten Behauptung, daß unter den pluribus tutoribus auch die honorarii mit begriffen seyn. Wollte man das *non concessa* gleichbedeutend mit interdicta erklären, so könnte sich dieses Wort auch eben so gut auf einen tutor gerens beziehen, der suspect gemacht worden war, wie auf einen honorarius. Daß ein solcher nicht veräußern durfte, weil ihm überhaupt die Administration verboten war, bedürfe keiner Erörterung. Aber der Widerspruch und die Verwirrung werde bey der bisherigen Uebersetzung des *auctorari* mit „Vollwort einlegen" nur noch größer, da doch dadurch, daß einem Tutor die administratio tutelae untersagt ist, keineswegs auch das Recht und die Pflicht zur auctoritatis interpositio zugleich mit entzogen wird [21]). Auch würde kein römischer Jurist den Ausdruck *non concessa* zu brauchen gewagt haben, um ein Verhältniß zu bezeichnen, welches nur aus einer feyerlich ausgesprochenen Formel — *interdictum* — des Prätors hätte hervorgehen können."

„Endlich Drittens sey aus dem *Frag.* 14. *D. de solut.* für das Recht des tutor honorarius, auctoritatem zu interponiren, nichts abzuleiten. Denn Zahlungen annehmen, sey nur ein Ausfluß der Administration des Vermögens, nicht aber der Ergänzung der Persönlichkeit. Geschäfte für den Mündel könne aber der tutor honorarius eingehen, wie ein jeder Bürger negotiorum gestor des Andern werden kann, wenn ihm gleich die Verwaltung des Vermögens des Andern nicht zusteht, wofern ihn

21) *L.* 9. §. 5. *D. de tut. et ration. distrah. L.* 7. *C. de suspect. tutor.* (V. 43.)

nur nicht ein absolutes Verbot — **interdictum** — von der Geschäfts-Besorgung für den Andern ausschließt. Um so mehr müsse er befugt seyn, Zahlungen für den Pupillen anzunehmen, da das **periculum tutelae** gleichfalls auf ihn als **tutor** lastet. Nur das sey wichtig, daß der **honorarius** keine Geschäfte des Mündels zu besorgen brauche, weil die **administratio** ihm nicht *decreta* ist, sondern sich sein ganzes Verhältniß zur Vermögens-Verwaltung auf Abnahme der Rechnung und Suspectpostulirung des verdächtigen **gerens** beschränkt."

Allein so wenig auch die sehr sinnreiche Art, wie hier die *L.* 4. *D. de auctor. et cons. tutor. et curator.* erklärt, und dieselbe mit den beyden andern oben angeführten Gesetzstellen vereiniget worden, zu verkennen ist, indem dadurch der ganze Streit erlediget zu seyn scheint; so gewiß ist es doch, daß bey genauerer Prüfung sich noch manches Bedenken darbietet, was noch erst beseitiget werden muß. Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, ob denn Pomponius in der *L.* 4. *cit.* das Wort *auctorari* wirklich in der ihm untergelegten Bedeutung genommen habe. Nun ist zwar nicht in Abrede zu stellen, daß dieses Wort bey den römischen Classikern in der Bedeutung von verkaufen vorkommt, wie die von dem Verfasser der angeführten Schrift citirten Stellen aus Quintilian und Apulejus beweisen[22]; aber nie wird es in der Beziehung gebraucht, in welcher es Pomponius hier genommen haben soll, sondern immer nur in

22) Mehrere Beyspiele würde das Lexicon totius Latinitatis consilio et cura *Jac.* Facciolati, opera et studio *Aegid.* Forcellini, correctum et auct. edit. a *God.* Hertel et *Aug.* Voigtlaender Tom. I. (*Schneeberg* 1829. f.) voc. *Auctoro*, an die Hand gegeben haben.

Beziehung auf ein bestimmtes Subject, wie in den angeführten Stellen die Redensarten, *se auctorare*, *auctorari pudicitiam suam*, deutlich andeuten. Es ist nämlich der Ausdruck *se auctorare* eigentlich von den Gladiatoren hergenommen, welche sich für einen bestimmten Preis, auctoramentum, zum öffentlichen Spiel verkauften, oder eigentlich sich verdungen oder verpflichteten[23]). Ein solcher Verkauf hieß daher *auctoratio*, und wer sich auf solche Art hingab, *auctoratus*. Dann wurde das Wort überhaupt von denen gebraucht, die sich zu einem gewissen Dienst, z. B. zum Soldatendienst, verpflichtet hatten, so wie auch von denen, die sich durch eine schändliche That, oder um eines Gewinnes willen den Tod zugezogen hatten, wie in der bey Vellejus[24]) vorkommenden Redensart, *mortem sibi auctorare*. Da ein solches Auctoriren nicht ohne den eignen Willen des sich Auctorirenden geschehen konnte, so liegt in allen diesen Redensarten das auctor fieri zum Grunde. **Qui enim *auctorare se* dicuntur, ipsi facti sunt auctores venditionis sui, vel contractus, quo se vendebant, vel obstringebant illi,** wie der große Literator Salmasius[25]) be-

23) *Mosaicar. et Romanar. Legg. collat.* Tit. IV. §. 3. et Tit. IX. §. 2. S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Anteiustin. pag. 746. Not. 18. Besonders *Claud.* Salmasius de modo usurarum. Cap. XIX. pag. 864. sqq. *Car. Andr.* Ducker Opuscul. de Latinitate ICtor. vett. pag. 279. sqq. und *Barn.* Brissonius de Verb. Signif. voc. *Auctorari*.

24) *Lib. II. Cap.* 30.

25) Cit. lib. de modo Usurar. pag. 866. Man vergl. auch *Ant.* Schulting ad Tit. IV. Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat. not. 18. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 746.)

merkt hat. Daher werden auch die auctorati selbst *auctores* genannt[26]). Ja Hermann Cannegieter[27]) sagt sehr richtig: *Auctorare* **generaliter is dicitur, qui sese** *auctorem* **profitetur.** *Auctoratio* **autem haec, sive, ut veteres loquebantur,** *auctoritas*, **fiebat in capitis deminutionibus, siquidem caput deminui nulli civi Romano poterat, nisi illi, qui sui juris esset,** *et is auctor fieret*, **id est, nisi id ipse iuberet fieri. Quocirca vita, libertas, civitas, familia nemini, qui sui iuris erat, invito, id est,** *sine auctoritate istiusmodi*, **aut dicam potius,** *sine auctoramento* **eripi poterat.** So stammt also das Wort *auctorare* oder *auctorari* selbst von **auctor fieri** ab, und hat immer nur eine subjective Beziehung. Ohne diese Beziehung, also im absoluten Sinn, und in der Bedeutung eine Sache verkaufen, kommt das Wort *auctorare* selbst bey den römischen Classikern nicht vor, am wenigsten aber bey den römischen Juristen. Das Deponens *auctorari* findet sich überhaupt nur in zwey Stellen unsers römischen Gesetzbuches. Die eine ist unsere *L.* 4. die andere die *L.* 9. *pr. D. Quod falso tutore auctore*. In keiner von beyden kann das daselbst vorkommende Wort *auctorari* die Bedeutung von Etwas verkaufen haben. Nicht in der **L. 4.** Denn es soll hier die Frage entschieden werden, wie es in dem Falle, da mehrere Tutoren, die alle die Tutel verwalten können, berufen sind, mit der **auctoritatis interpositio** zu halten sey? Pomponius setzt es als einen ganz bekannten

26) S. Salmasius ad Trebell. Pollion. in *Gallieno*. Cap. 12.

27) Commentar. ad fragmenta vet. Jurisprudentiae, quae exstant in Collatione Legum Mosaic. et Romanar. (*Franequerae* 1765. 4.) Cap. XVII. pag. 218.

Grundsatz voraus, daß von denselben schon Eines Tutors auctoritas genüge. Dieser Satz wird aber auf folgende Art limitirt: tamen si tutor *auctoretur*, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet. Ich will hier ganz die Frage bey Seite gesetzt seyn lassen, ob überhaupt *auctoretur* die richtige Lesart sey? Denn Haloander, dem auch Beck in seiner neuesten Ausgabe vom Corpus iuris civilis gefolgt ist, liest, si tutor *auctor erit*. Es kann aber schon dem ganzen Zusammenhange nach nicht anders erklärt werden. Denn Erstens ist schon gar nicht glaublich, daß das Wort in einer andern Bedeutung, als in der von *auctorem esse*, gebraucht seyn sollte, weil vom Recht des Tutors, Sachen des Mündels zu veräußern, gar keine Frage war. Erst am Schluß wird zur Erläuterung das Beyspiel angeführt, wenn ich *eo tutore auctore*, qui tutelam non gerat, von einem Pupillen eine Sache kaufe, wohl wissend, daß ein Anderer zur Verwaltung der Tutel ausschließlich bestellt sey; hier kann ich nach der richtigeren Meinung des Offilius nicht Eigenthümer werden. Eben so wenig, als wenn ich *eo auctore* kaufe, welcher von der Verwaltung der Tutel entfernt worden ist. Auch hier ist der Handel ungültig. Selbst diese zur Erläuterung der entschiedenen Frage angeführten Beyspiele geben ja den stärksten Beweis, daß *auctorari* hier nicht heißen könne, verkaufen, sondern eben so viel sey, als *auctorem esse*, *auctorem fieri*, *auctoritatem interponere*. Und wer könnte sich Zweytens wohl im Ernst überreden, daß Pomponius, statt des überall gewöhnlichen Ausdrucks *alienare*, oder *vendere*, ein Wort werde gewählt haben, was in der Bedeutung von Verkaufen

einer Sache im ganzen Corpus iuris civilis gar nicht vorkommt, und von keinem römischen Juristen gebraucht worden ist. Die berühmtesten Lexikographen, ein Brissonius[28]), ein Basilius Faber[29]), ein Aegidius Forcellini[30]), und Johann Matthias Gesner[31]) führen alle die *L.* 4. an, und erklären das Wort *auctorari* einstimmig durch **auctoritatem commodare et interponere, auctorem fieri.**

Eben so wenig kann auch das *auctoraretur* in der *L.* 9. *D. Quod falso tutore auctore* durch veräußern übersetzt werden. Ulpian, aus dessen *libro XII. ad Edictum* diese Stelle genommen ist, sagt daselbst:

Huius actionis exemplo Pomponius *libro XXXI.* **scribit, dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit,** *ut alius auctoraretur inscius.*

Es ist hier von einer Ausdehnung der **actio in factum** die Rede, welche der Prätor in dem Falle geben will, da ein **falsus tutor** bey Rechtshandlungen, welche der Pupill selbst vornahm, **dolo malo** seine Auctorität **interponirt** hatte. Die Worte des Edicts, so wie uns solche Ulpian[32]) aufbehalten hat: *In eum, qui, cum tutor non esset,* DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE

28) de V. S. voc. *auctorari.*

29) Thes. erudit. Scholasticae, edit. Gesneri voc. *Auctoro* Tom. I. pag. 266.

30) Lexic. totius Latinitatis. Tom. I. voc. *Auctoro.*

31) Novus linguae et erudit. Rom. Thesaur. Tom. I. voc. *Auctoror.*

32) *L.* 7. *pr. D. Quod falso tutore auctore.*

DICETUR, *iudicium dabo*, lassen keinen Zweifel übrig. Nach dem Beyspiel dieser Klage soll nun auch gegen denjenigen eine **actio**, nämlich **utilis**, statt finden, welcher nicht selbst Auctorität interponirt, sondern einen Unwissenden **dolo malo** verleitet hat, *ut auctoraretur*, **quasi tutor esset**. Da jene **actio in factum** nur dann vorkommt, wenn der falsche Vormund nicht selbst handelte, sondern blos auf eine betrügerische Art Auctorität interponirt hatte, während der Pupill selbst contrahirte, wie nicht nur jede Stelle dieses Titels[33]), sondern auch schon die Rubrik desselben: *Quod falso tutore* **AUCTORE** *gestum esse dicetur*, beweist; so liegt es klar am Tage, daß das *ut alius auctoraretur*, nichts anders heißen könne, als **ut alius auctor fieret**. So verstehen auch die Basiliken[34]), und der griechische Scholiast[35]) diese Stelle, wie ich an einem andern Orte[36]) gezeigt habe. Wollte man das *auctorari* durch verkaufen übersetzen, wie hätte die **actio in factum quod falso tutore auctore** auf diesen Fall angewendet werden können? ja welch ein widriger Sinn würde nicht aus dieser Erklärung hervorgehen? Wozu wäre auch die Einführung jener **actio in factum** nöthig gewesen, da ja der falsche Tutor, wenn er selbst Sachen des Mündels **mala fide** verkauft hätte, oder durch einen andern, der von dem Betruge nichts wußte, hätte verkaufen lassen, schon mit der Contractsklage, und zwar **in perpetuum** belangt wer-

33) Man sehe besonders die *L.* 11. *D. eodem.*

34) **Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit 6. Const. 7. pag. 98. edit.** ***Fabroti.***

35) **Cit. loc. Schol. o. pag. 101.**

36) S. den 32. Th. §. 1374. S. 353. f.

den könnte, während die actio in factum nur ein Jahr dauert [37])?

So wäre also die Bedeutung von *auctorari* für **auctorem fieri** in beyden Gesetzen gegen die Angriffe der neuen Erklärung hinlänglich geschützt. Daß nun aber ein **tutor honorarius** so gut das Recht habe, **auctoritatem** zu interponiren, als ein **tutor gerens**, ist schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil er tutor ist. Es beweist dieses aber auch der Eingang der *L. 4. Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat*, welcher gar keinen Unterschied zwischen **tutores gerentes** und **honorarii** macht, sondern ganz allgemein jedem Tutor das Recht zur Einlegung des Vollworts zuspricht. Da nun zugegeben wird, daß der **tutor honorarius** auch Geschäfte für den Mündel eingehen könne, wenn ihm gleich die Verwaltung des Vermögens nicht übertragen ist, aber auch eben deswegen keine Geschäfte des Mündels selbst zu besorgen brauche [38]); so können die Worte: *tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae* CONCESSA *non est*, dem ganzen Zusammenhange nach, gar keine andere Bedeutung haben, als die, „wenn aber ein solcher tutor Auctorität interponirt, dem die Verwaltung der Tutel untersagt ist." So erklärte diese Worte auch schon die Glosse, in welcher es heißt: **Expone hic,** ***non est concessa*****, id est, est denegata a iudice, vel a testatore.** Diese Erklärung wird noch mehr durch die zur Erläuterung hinzugefügten Beyspiele bestärkt, in welchen das **tutore auctore**

37) S. Francke Beyträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. 1. Abth. S. 87.

38) S. Zöpfl's Vergleichung der röm. Tutel und Cura. §. 12. S. 52.

emere, *qui tutelam non gerat*, dem eo auctore emere gleichgeachtet wird, *qui a tutela fuerit remotus*. Freylich drücken dann die Worte: *concessa non est*, weniger aus, als interdicta. Allein es ist ja bey den römischen Juristen gar nicht ungewöhnlich, daß sie mehr gedacht, als durch die Worte ausgedrückt haben. Man nennt diese Figur *Liptotes*, in qua plus cogitatur, quam dicitur, wie Servius[39]) sagt. Mehrere Beyspiele davon haben Gerh. Noodt[40]), van Idsinga[41]), Joh. van Nispen[42]), und Püttman[43]).

Es fragt sich nur noch, ob denn wirklich der Widerspruch und die Verwirrung so groß sey, wenn man *auctorari* in der L. 4. durch „Vorwort einlegen" erklärt? Sollte einem Vormunde, dem die administratio tutelae untersagt ist, darum keineswegs auch das Recht zur auctoritatis interpositio zugleich mit entzogen seyn? Habe ich, wie ich glaube hinlänglich dargethan, daß *auctorari* hier durchaus nichts anders heißen könne, als auctorem fieri; so beantwortet unser Gesetz schon selbst die Frage. Das Geschäft ist ungültig, welches eo auctore ist vorgenommen worden. *Id ratum a Praetore haberi non debet*, sagt unser Gesetz. Wo ist hier Widerspruch oder Verwirrung? Ja, sagt man, wer nicht Auctorität interponiren kann, ist nicht tutor! Warum nicht? Man denke

39) Ad Virgilii Aen. X. v. 907.

40) Lib. XXVI. Tit. 8. §. *Sed apparet.*

41) Varior. iuris civ. Cap. XVII.

42) Diss. ad Herennii Modestini IX. libros Differentiar. (in Oelrichs *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 68.)

43) Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 56.

sich, der Pupill sey verstandlos. Hier kann der Tutor keine Auctorität interponiren, weil der Pupill nicht selbst handeln kann, sondern der Vormund die Geschäfte desselben allein besorgen muß. Er ist also deswegen wohl nur Curator, und kein Tutor. Nichts weniger. Er ist tutor. So belehrt uns Ulpian *libro XXXVII. ad Sabinum* [44]). **Qui habent tutorem, pupillus vel pupilla** ***si furere coeperint,*** **in ea causa sunt,** ***ut in tutela nihilominus durent:*** **quae sententia** ***Quinti*** **quoque** ***Mucii*** **fuit, et a** ***Juliano*** **probatur: eoque iure utimur,** ***ut cesset*** **CURA,** ***si tutelae aetas indigeat.*** **Quare, si tutores habent, per furorem** ***in curam*** **non rediguntur;** ***sive non habent, et furor eis accesserit, nihilominus*** **TUTORES** ***accipere poterunt,*** **quia Lex XII. Tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.** Wenn ferner ein **tutor** als suspect ist angeklagt worden, so wird ihm während des Prozesses die **administratio tutelae** untersagt [45]). Er hört darum nicht auf Vormund zu seyn, so lange er nicht removirt worden ist. Kann er aber noch Auctorität interponiren? Ich möchte ein Gesetz kennen, welches ihm dieses Recht in diesem Falle gestatte. Allein die *L.* **9.** **§. 5.** ***D. de tutelae et ration. distrah.*** sagt ja: **Si tutori curator sit adiunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelae iudicium tutor suscipere,** ***quia tutor manet.*** Ganz richtig, das heißt aber nur, er kann nicht eher mit der **actio tutelae** belangt werden, als bis er abgesetzt worden, und die Tutel geendiget ist, weil er bis dahin noch Tutor bleibt. Folgt denn

44) ***L. 3. pr. D. de tutelis.***

45) ***L. 7. C. de suspect. tutor. vel. curator.*** **(V. 43.)**

aber daraus, daß er bis dahin auch nach wie vor noch Auctorität interponiren könne? Gewiß nicht, weil der Tutor von der Person aus über das Vermögen gesetzt ist. Warum sollte denn auch dem **tutor honorarius**, wenn er auch gleich in der Regel auctoriren und geriren kann, nicht Beydes untersagt, und desselben Thätigkeit blos auf die ihm übertragene Oberaufsicht über den **tutor gerens**, auf Abnahme der Rechnung, und Suspectpostulirung des verdächtigen **gerens** beschränkt werden können? **Dati sunt enim *honorarii* quasi observatores et custodes eius, qui gesserit**, sagt Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*[46]). Der **tutor honorarius** erscheint doch immer, im Verhältniß zum **tutor gerens**, als ein solcher, **cui administratio tutelae concessa non est.** Gleichwohl kann ihm so gut, wie dem **gerens**, eine Zahlung gültig geschehen, wie ebenfalls Ulpian sagt *libro XXX. ad Sabinum*[47]). Zahlungen annehmen ist nun, wie zugegeben wird, ein Ausfluß der Administration. Der **tutor honorarius** kann sich also in die Administration die Tutel einmischen, eben so gut, als er bey den Geschäften, die der Pupill selbst eingeht, Auctorität interponiren kann. Soll er also das, was er als Tutor schon von selbst thun kann, nicht thun dürfen, so muß es ihm besonders untersagt worden seyn. Dieß sagt auch Ulpian in der letzten Stelle ausdrücklich in den Worten: ***nisi interdicta iis a Praetore fuerit administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur.*** Vergleicht man nun diese Stelle mit der ***L. 4. D. de auct. tut.*** so kann das: ***cui administratio tu-***

46) ***L. 3. §. 2. D. de adm. et peric. tut. et curat.***

47) ***L. 14. §. 1. D. de Solut.*** **(XLVI. 3.)**

telae concessa non est, in Verbindung mit dem Folgenden: *eo tutore auctore, qui tutelam non gerat,* und *sciens alium eius tutelam gerere,* gar nicht anders, als so verstanden werden, daß dem **gerens** die Administration der Tutel ausschließlich übertragen, dem **honorarius** aber die Einmischung in die Administration untersagt worden ist. Bey dem allen bleibt der Unterschied feststehen, daß nur der Tutor allein nach den Gesetzen die Gewalt, d. h. das Recht hat, die juristische oder bürgerliche Persönlichkeit des Pupillen durch sein Vollwort zu ergänzen, und also nur er allein Auctorität interponiren kann, der Curator aber diese Befugniß nicht hat, wenn er gleich einem Pupillen gegeben worden ist. Daß sie der Tutor nicht immer in vorkommenden Fällen ausüben kann, thut nichts zur Sache, deswegen ist und bleibt er doch Tutor, wie aus den Gesetzen deutlich genug gezeigt worden ist.

§. 1390. a.

Fortsetzung. Cura plena. Cura bonorum. Verschiedene Arten der letztern. Erklärung der *L.* 5. und *L.* 9. *h. t.*

Die Curatel, oder *cura*, *curatio*[48]), wird also blos für das Vermögen, als solches, bestellt, wenn die Person, welcher dasselbe gehört, solches zu verwalten gehindert ist[49]). Sie kann nun von sehr verschiedener Art

48) *Pr. J. de tutelis.* §. 3. *J. de curation.* *L.* 1. §. 1. *L.* 13. *D. h. t.*

49) Man vergleiche vorzüglich *Hug.* Donellus Commentarior. Lib. III. Cap. 17—23. (Vol. II. pag. 215—263.) *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros ad L. 48. D. de admin. et peric. tutor. pag. 264—269. und ad L. 1. §. 4. D. de muner. et honor. pag. 391—394.

seyn, eine vollständige (cura *plena*) oder unvollständige (cura *minus plena*), je nachdem sie entweder mit dem Verwaltungsrechte verbunden ist, oder blos die Aufsicht und Bewahrung einer Gütermasse, und allenfalls die Veräußerung von Sachen, die nicht aufbewahrt werden können, zum Gegenstande hat[50]). Von der erstern Art, welche im eigentlichen Sinn *cura* genennt wird, ist die Curatel über Wahnsinnige, Verschwender, Taube, Stumme, Blinde, Minderjährige und Pupillen; von der letztern aber die *cura bonorum*, von welcher sich in dem römischen Rechte wieder mehrere Arten finden, nämlich

1) die *cura* über die Güter eines Abwesenden, für welche sonst nicht gesorgt ist, weil der Abwesende keinen Bevollmächtigten hinterlassen hat. Von dieser cura §. 1397. ein Mehreres.

2) Die *cura ventris*, welche eintritt, wenn eine Frau sich nach dem Tode ihres Ehemannes schwanger befindet, um die Güter, in deren Besitz sie gesetzt worden ist, dem noch ungebornen Leibeserben desselben zu erhalten[51]). Ulpian[52]) nennt einen solchen Curator, *bonorum ventris nomine curatorem*. Nach der Regel: *tutor personae datur*, konnte hier kein Tutor bestellt werden, weil von einer Person, als Subject bürgerlicher Rechtsfähigkeit, als caput liberum betrachtet, noch keine

50) Donellus Lib. III. Cap. 17. §. 2. pag. 216.

51) *L.* 48. *D. de admin. et peric. tut. et curat. L.* 1. §. 17—24. *D. de ventre in possessionem mittendo.* (XXXVII. 9.)

52) *L.* 8. *D. h. t.*

Frage seyn kann, so lange das Kind noch ungeboren ist[53]). Von dieser Curatel kann eigentlich erst in dem Titel *de ventre in possessionem mittendo, et curatore eius* (Lib. XXXVII. Tit. 9.) die Rede seyn.

3) Die **cura**, welche bey Gelegenheit der **bonorum possessio Carboniana** in dem Falle angeordnet wird, da einem unmündigen Kinde des Erblassers sein Erbrecht aus dem Grunde bestritten wird, weil es kein rechtes Kind des Erblassers sey, (**quod inter liberos non sit**)[54]). Davon Lib. XXXVII. Tit. 10. *de Carboniano Edicto* ein Mehreres.

4) Die **cura hereditatis iacentis**, welche in dem Falle verfügt wird, da man noch nicht weiß, wer Erbe ist[55]); oder der Erbe die Erbschaft noch nicht antreten kann, weil er unter einer Bedingung ist instituirt worden, und die **bonorum possessio**, wie er könnte, nicht agnosciren, und Caution leisten will[56]); ferner wenn der Erbe noch deliberirt, ob er die Erbschaft an=

53) *L.* 20. *D. de tutorib. et curat. dat.* Modestinus *libro VII. Differentiarum.* Ventri tutor a Magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo Edicto comprehensum est. S. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 8. pag. 781.

54) *L.* 1. §. 4. *D. de Carbon. Edicto* (XXXVII. 10.)

55) *L.* 1. §. 4. *in fin. D. de munerib. et honor.* (L. 4.) Hermogen. *Lib. I. Epitomar.* His similes sunt bonis dati curatores. — Item custodiendis ab eo relictis bonis, *cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.* — *L.* 8. *D. Quib. ex caus. in possess. eat.* (XLII. 4.)

56) *L.* 23. *D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.)

nehmen soll, oder nicht [57]). Ein solcher Curator kann auch auf Verlangen der Gläubiger bestellt werden, welcher dann, wenn diese auf ihre Bezahlung dringen, soviel von den Gütern veräußern kann, als zur Befriedigung derselben nöthig ist [58]).

Es sind hier besonders folgende zwey Stellen merkwürdig.

L. 48. *D. de admin. et peric. tutor et curator.* HERMOGENIANUS *libro 1. iuris Epitomarum.* **Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi, pupillive magna est differentia: quippe cum illis quidem plane [59]) rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committatur.**

L. 1. §. 4. *D. de Munerib. et Honorib.* IDEM *eodem.* **Aeque personale munus est tutela, cura adulti, furiosive, item prodigi, muti, etiam ventri [60]),**

57) *L.* 1. *D. de curatore bonis dando.* (XLII. 7.) *L.* 22. §. 1. *D. de rebus auctorit. iudicis possid.* (XLII. 5.)

58) *L.* 23. §. 2. *et* 3. *D. de heredibus instituend.* (XXVIII. 5.) S. *Jo. Bernhard.* FRIESE Diss. de cura hereditatis iacentis. *Jenae* 1717.

59) Einige Ausgaben, z. B. die des BAUDOZA CESTIUS, lesen plena.

60) Die meisten Ausgaben, Merlinus, Baudoza, Haloander, Miräus, und die neueste Ausgabe von Beck lesen *et ventris.* *Jos.* FINESTRES *et de* MONSALVO in Hermogen. ad h. L. pag. 391. bleibt aber bey der florentinischen Leseart, und bezieht das *etiam ventri* auf die nachfolgenden Worte: curator datus. Er liest denn aber auch

etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum, et similia: sed et[61]) in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur, ac, ne debitores liberentur, providetur. Item, ex Carboniano Edicto bonorum possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere. His similes sunt bonis dati curatores, quae fuerunt eius, qui ab hostibus captus est, et reverti speratur. Item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.

Aus dieser letztern Stelle ergiebt sich, daß die cura plena und cura bonorum minus plena darin einander gleich sind, daß die eine, wie die andere, ein munus publicum ist, deren Uebernehmung derjenige, dem sie aufgetragen worden ist, eben so wenig, als eine Tutel, ablehnen kann, wenn er keine rechtmäßige Entschuldigungsursachen anzuführen und zu beweisen vermag. Eine Ausnahme macht jedoch

5) die cura bonorum eines in Concurs gerathenen Schuldners[62]). Zu dieser kann Niemand, ohne in dem höchsten Nothfalle, und ohne Genehmigung des Regenten, gezwungen werden[63]). Denn da ein solcher Curator ex

in einer Periode, und wie er sich ausdrückt, uno spiritu bis auf die Worte: *His similes.*

61) Finestres will statt: *sed et in* lieber: sed etiam bonis lesen.

62) *L. 2. pr. et §. 1. D. de curatore bonis dando.* (XLII. 7.)

63) *L. 2. §. 3. D. eodem.* Ulpian. *Lib. LXV. ad Edictum.* Quaeritur? an invitus curator fieri possit? Et Cassius scribit: *neminem invitum cogendum fieri bonorum cu-*

consensu maioris partis creditorum privato von der Obrigkeit gesetzt wird; so ist das Amt desselben mehr ein Privatgeschäft. Ueberhaupt handelt sich's hier von einer Sache, die mehr **privati**, als **publici iuris** ist[64]). Von dieser **cura bonorum** ist eigentlich in der Lehre vom Concurse der Gläubiger[65]) mit mehreren zu handeln, zu welcher auch der **Tit. 7. Libri XLII.** ***de curatore bonis dando*** gehört; es kommen aber doch in unserm Titel zwey dahin gehörige Stellen vor, welche einige Erläuterung bedürfen. Die eine ist ***L. 5. h. t.*** aus **Caius** ***Libro IX. adEdictum provinciale***, welche folgendermassen lautet.

Curator ex Senatusconsulto constituitur, cum clara persona, veluti Senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant. Nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solvatur, ***curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside.***

Da das Senatusconsultum, von dem hier die Rede ist, das alte strenge Rechtsverfahren beym Güterverkaufe eines insolventen Schuldners zu Gunsten der

ratorem; **quod verius est. Voluntarius itaque quaerendus est, nisi ex magna necessitate, et Imperatoris arbitrio hoc procedat, ut et invitus crearetur.**

64) S. Donellus Lib. III. Cap. 23. §. 15. pag. 258. und Schweppe röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 595. der 2. Aufl.

65) S. Dabelow **Lehre vom Concurse der Gläubiger.** (***Halle*** 1801. 4. Kap. 20. S. 579 sqq.) und Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 98 — 101.

Standespersonen milderte; so ist es zur Erläuterung nöthig, Etwas aus der Geschichte des alten Concursverfahrens, so wie es auch noch in den spätern Quellen sich findet, vorauszuschicken.

Wenn nämlich ein Schuldner bey den Römern sich in dem Falle befand, daß seine Güter wegen Insolvenz verkauft werden mußten; so hatte ehemals folgendes Rechtsverfahren Statt[66]). Das Erste, was geschehen mußte, war, daß sich die Gläubiger an den Prätor wandten, und bey diesem darum anhielten, daß es ihnen erlaubt werden möchte, die Güter **ex Edicto** zu besitzen, solche öffentlich feil zu bieten, und zu verkaufen. Der Prätor bewilligte dieses durch ein Decret, wodurch die Gläubiger in die Güter ihres Schuldners eingesetzt wurden, das heißt, die Gläubiger erhielten eine *Possessio bonorum*[67]), sofern ihnen der Schuldner nicht etwa schon

66) S. Gajus *Commentar. III.* §. 77 — 81. und Lib. IV. §. 35. Theophilus *Paraphras. graec. Institution.* Lib. III. Tit. 12. pr. Besonders aber sind zu vergleichen Aug. Wilh. Heffter Institutionen des röm. und teutschen Civilprozesses. (Bonn 1825. 8.) VI. Buch. 2. Tit. S. 560 — 564. *Frid. Car. Gust.* Stieber de bonorum emtione apud veteres Romanos P. I. *Lipsiae* 1827. 8. Cap. III. und Puggé rechtsgeschichtliche Bemerkungen zur Lehre von der Vinditio bonorum, (im Rheinischen Museum für Jurisprudenz. 2. Jahrggs 1. Heft. Bonn 1828. S. 87 — 93.)

67) Cicero *Orat. pro P. Quintio* Cap. VI. nr. 25. (*Opp.* Vol. II. P. I. edit. Orellii. *Turici* 1826.) Postulat a *Burrieno* Praetore Naevius, *ut ex Edicto bona possidere liceat.* Jussit *bona proscribi* eius. Diese Bonorum possessio fand ursprünglich in zwey Hauptfällen Statt, nämlich a) gegen iudicatos, wenn sie das indica-

freywillig sein Vermögen abgetreten hatte, wie ihm ex lege Julia de cessione bonorum unter gewissen Umständen erlaubt war [68]). Denn ohne ein solches Decret durften die Gläubiger den Schuldner aus seinen Gütern nicht vertreiben [69]). Auch mußte die missio in das ganze Vermögen geschehen [70]). Der Prätor mußte jedoch

tum nicht leisteten; b) gegen die fraudationis causa latitantes et indefensos absentes. Hierzu kamen in der Folge noch mehrere Veranlassungen, nämlich c) wenn sich zu einer verschuldeten Erbschaft kein iustus successor, neque heres, neque bonorum possessor, fand, und auch für den Fiskus kein Ueberschuß zu erwarten war, oder wenn d) der heres suspectus war, und die geforderte Satisdation nicht aufbrachte. S. Gajus *Comm. III.* §. 77. *et* 78. *L.* 7. §. 1. *D. Quib. ex causis in possess. eat.* (XLII. 4.) Cicero Orat. *pro P. Quintio* Cap. XIX. nr. 60. 61. et 62. et Cap. XX. nr. 65. Cap. XXI. nr. 66. et 68. *L.* 1. §. 1. *D. de iure fisci* (XLIX. 14.) *L.* 5. *C. de bonis auctor. iud. possid.* (VII. 72.) *L.* 31. §. 3. *D. de rebus auct. iud. possid.* (XLII. 5.) Man vergleiche Heffters angef. Institutionen S. 561. besonders Stiebber de bonor. emtione apud. vett. Romanor. Cap. II. §. 9 — 17.

68) S. Lib. XLII. Tit. 3. D. *de cessione bonorum.*

69) In dem Edict des Prätors, so wie uns dasselbe Cicero *pro Quintio* Cap. XXVII. nr. 84. aufbehalten hat, hieß es: *Qui ex Edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere. Quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant: quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.*

70) Cicero *pro P. Quintio* Cap. XXIX. nr. 89. Omnino autem bona possessa non esse constitui: quod *bonorum possessio* spectetur non in aliqua parte, *sed in*

dabey sehr vorsichtig zu Werke gehen, weil ein solches Rechtsverfahren ex Edicto der bürgerlichen Ehre des Schuldners sehr nachtheilig war[71]). Cicero[72]) nennt

universis, quae teneri ac possideri possint. Der hier vom Cicero gebrauchte Ausdruck *bonorum possessio* ist von derjenigen possessio zu verstehen, quam creditor in bona missus habet. S. Stieber cit. lib. Cap. III. §. 18. not. f. pag. 56.

71) Cicero *Orat. cit.* Cap. XV. nr. 49. et 50. Cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae amplissimae fortunae, sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subiectus est: is non modo ex numero virorum exturbatur, sed, si fieri potest, infra etiam mortuos amandatur. Etenim mors honesta saepe vitam quoque turpem exornat: vita turpis ne morti quidēm honestae locum relinquit. *Ergo hercule, cuius bona ex Edicto possidentur, huius omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur: de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur,* huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur: cui *magistri* fiunt, et domini constituuntur, qui qua lege et qua conditione pereat, pronuntient: de quo homine praeconis vox praedicat, et pretium conficit: huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur: si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed bonorum emtores, ut carnifices, ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas. — Um den P. Quintius gegen diese Schande zu retten, setzt daher Cicero einen vorzüglichen Vertheidigungsgrund darin: *omnia* Quintii *bona possessa non esse.* Cap. XXIX. n. 89. Er legt es dem Judex Aquilius, der in diesem Prozeß darüber zu erkennen hatte, dringend ans Herz, er solle bedenken, wie viel von seinem Richterspruch abhänge. Er sagt *Cap. XVI.* nr. 51. Itaque maiores nostri raro id accidere voluerunt: Praetores, *ut considerate fieret,*

es mehr als einmal eine causa capitis[73]). Die Gläubiger konnten nun sogleich zur *proscriptio bonorum* schreiten[74]), das heißt zur Feilbietung der im Besitz habenden Güter ihres Schuldners, welche durch einen öffentlichen Anschlag, *tabula proscriptionis*, *libellus*[75]), *album*[76]), *titulus*[77]), *προγραφή*[78]), geschahe[79]).

comparaverunt. — Considerant enim, *quid et quantum sit, alterius bona proscribere.* Besonders Cap. IX. nr. 33. Judicium esse, *C.* Aquilli, non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque *P. Quintii*, vides. Vergl. auch Heffter ad *Gaji* Institution. Comment. IV. Cap. XVII. pag. 88. sq.

72) *Orat. pro P. Quintio.* Cap. VIII. nr. 31. Cap. IX. nr. 32. Cap. XIII. nr. 44. et 45. Cap. XXXI. nr. 95.

73) Man nannte nämlich im gemeinen lateinischen Sprachgebrauche auch eine bloße causa existimationis, mit welcher keine wahre capitis deminutio verbunden war, sondern welche blos die bürgerliche Ehre minderte, *causa capitalis. L.* 103. *D. de Verb. Signif.* S. Marezoll über die bürgerliche Ehre. S. 112. f. Daher konnte Cicero auch einen Prozeß, welcher die bürgerliche Ehre in Gefahr brachte, eine *causa capitis* nennen. S. Ernesti Clav. Ciceron. voc. *Caput*, und Niebuhr röm. Geschichte. 1. Th. S. 642. der 3. Ausg. Berlin 1828.

74) Cicero *pro Quintio.* Cap. VI. nr. 25. S. Stieber de bonor. emtione apud vett. Rom. §. 19. pag. 59.

75) Cicero *pro P. Quint.* Cap. XV. nr. 50. und *de Officiis Lib. III.* Cap. 17.

76) *Tabula Heracleensis.* P. I. (aeris Britann.) v. 15. 18. S. Mazochi ad h. l. not. 3. pag. 309. und Dirksen civilist. Abhandlungen. 2. Bd. S. 161. und S. 197.

77) Plinius *Lib. VII. Epist.* 27.

78) *Glossae nomicae* ex rec. *Car.* Labbaei voc ἄλβον.

Die Proscriptionsformel hat Theophilus[80]) auf folgende Art angegeben: *Ὁ δεῖνα χρεωστὴς ἡμέτερος ὑπάρχων εἰς αἰτίαν ἐνέπεσε διαπράσεως· ἡμεῖς κρεδίτωρες ὄντες τὴν τούτου διαπιπράσκομεν περιουσίαν· ὠνητὴς ὁ βουλόμενος προσίτω.* i. e. ***Ille, qui debitor noster est, in causam venditionis bonorum incidit: nos, qui creditores sumus, bona eius vendimus: emtor; qui volet, adesto.*** Hatten die Gläubiger die Güter des Schuldners auf solche Art 30 Tage besessen, (handelte sich's von dem Vermögen eines Verstorbenen, so genügten schon 15 Tage;) dann kamen die Gläubiger abermals bey dem Prätor zusammen, um ihn zu bitten, daß er ihnen erlauben möchte, einen **magister bonorum vendendorum** aus ihrer Mitte zu wählen[81]). Dieser war es nun, welcher sich mit den Kaufsliebhabern auf gewisse Procente verglich, und dann dem Meistbietenden die Güter, und zwar im Ganzen, überließ. Der Grund, warum man einen solchen Magister wählte, war theils

(in Ottonis Thes. iuris Rom, Tom. III. pag. 1711.) wo jedoch statt παραγραφὰς richtiger προγραφὰς gelesen werden muß. S. Jenaische allgem. Literatur-Zeitung vom J. 1823. Nr. CXXV.

79) *Barn.* Brissonii Antiquitat. ex iure civ. select. Lib. III. Cap. 8. und *Jo. Casp.* Heimburg Progr. de origine proscriptionis bonorum apud Roman. *Jenae* 1738.

80) *Paraphr. gr. Institut.* Lib. III. Tit. 12. pr.

81) Gajus c. l. Si quidem vivi bona veneant, iubet ea Praetor per dies continuos XXX. possideri et proscribi: si vero mortui, post dies XV. postea iubet convenire creditores, et ex eo numero *magistrum* creari, id est, eum, per quem bona veneant. S. auch Cicero *ad Attic.* Lib. I. *Epist.* 1. et *Lib. VI. Ep.* 1.

der, welchen Theophilus[82]) angiebt, weil das persönliche Zusammenkommen der Gläubiger, besonders für diejenigen, welche sehr entfernt wohnten, mit zu vielen Schwierigkeiten verbunden war, theils weil die Kaufsliebhaber mit einem weit leichter handeln konnten, als mit den sämmtlichen Gläubigern[83]). Der Accord mit den Gläubigern, welcher die Kaufsbedingungen enthielt, hieß, wie Theophilus sagt, *Lex bonorum vendendorum*. War man nun auch über die Kaufsbedingungen einig, so konnte doch der Zuschlag der Güter noch nicht gleich erfolgen, es mußte noch erst eine gesetzlich bestimmte Zeit abgewartet werden. Diese bestand, wie uns ebenfalls Gajus belehrt, wenn die Güter eines noch lebenden Schuldners verkauft wurden, in **30**, bey einem verstorbenen aber in **20** Tagen. So war also bey der **Bonorum venditio**, zur Schonung des Schuldners, wenn dieser noch lebte, eine Frist von **60** Tagen gesetzt, um dem Schuldner Zeit zu geben, durch Anbieten eines Vergleichs mit den Gläubigern den Güterverkauf, und auf solche Art die bürgerliche Schande abzuwenden, welche desselben Folge war[84]). Hierauf deutet auch wohl un-

82) Cit. loc. ἐπειδὴ γὰρ δυσχερὲς ἦν, πάντας συνιέναι κατὰ ταυτὸν καθ' ἑκάστην ἡμέραν ἐχειροτόνουν ἐξ αὐτῶν ἵνα, ἅστις ἐλέγετο μάγιστρος, καὶ λοιπὸν αὐτὸς συνεφώνει τοῖς βουλομένοις ἀγοράσαι· i. e. *Nam quia difficile erat, omnes in unum quoque die convenire, unum ex ipsis deligebant, qui* MAGISTER *dicebatur, et ille deinde contrahebat cum iis, qui emere volebant.*

83) S. STIEBER cit. lib. Cap. III. §. 20. pag. 61.

84) S. Heffter's Institutionen S. 562. und Puggé im Rhein. Museum a. a. O. S. 88.

streitig Gajus hin, wenn er sagt[85]): ***Quare autem tardius*** **viventium bonorum ventitionem complere iubeat, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur**[86]). Bey dem Güterverkauf eines Verstorbenen machte man so viel Umstände nicht, um die Gläubiger nicht unnöthiger Weise länger hinzuhalten, weil sich hier nicht leicht ein Defensor fand, und für diesen auch die beschränktere Frist genügte.

Also nur erst, wenn nach Ablauf des letzten Termins der Prätor den Befehl zum Verkauf ertheilte, konnten die Güter dem Käufer addicirt, das heißt, dem Käufer im Ganzen übereignet werden. Diese Addiction, oder **Bonorum venditio**, (denn ***addicere*** heißt hier nichts anders, als verkaufen, oder den Verkauf vollziehen) geschahe von dem Magister, nicht vom Prätor, und diese ist es, mit welcher Gajus[87]) die **ignominia** in eine unmittelbare Verbindung setzt, während er von einer Person, ***cuius bona a creditoribus possessa proscriptave sunt***, nur als einer **persona** ***suspecta*** spricht[88]). Der auf solche Art vollzogene Güter-Verkauf hatte nun die Folge, daß der **bonorum emtor** in alle Verbindlichkeiten und Rechte des Gemeinschuldners (**in universum ius debitoris**) succedirte, und die Gläubiger **ex lege venditionis** befriedigen mußte, welche daher auch ihre Ansprüche, so weit sie noch bestanden, gegen ihn auszuführen hatten[89]).

85) *Comm. III.* §. 79.
86) Man vergleiche auch *L.* 35. §. 1. *D. de reb. auctor. iud. possid.*
87) *Comm. II.* §. 154. S. Puggé S. 89.
88) *Comm. IV.* §. 102.
89) S. Heffter's Institutionen. S. 562.

So wie nämlich der Magister vor der Addiction den Schuldner vertrat, statt seiner handelte, utiliter klagte, und verklagt wurde[90]); so trat nunmehr der Käufer durch den Zuschlag an die Stelle des Schuldners, den er, wie ich nachher ausführlicher zeigen werde, **iure praetorio** succedirte. Dieser wurde nun von den Gläubigern auf die verabredete **rata utiliter** belangt[91]). Dahingegen standen aber auch dem **Bonorum emtor** verschiedene Rechtsmittel zu. Gajus giebt, außer dem **Interdictum possessorium**, zur Erlangung des schnellen Besitzes, ähnlich dem **Interdicto quorum bonorum** des prätorischen Erben[92]), dem Käufer namentlich noch zwey Klagen, die *Rutiliana* und *Serviana actio*[93]). Beyde Klagen waren **fictitiae actiones**. Waren nämlich die Güter eines verstorbenen Schuldners verkauft worden, so klagte der Käufer, als wenn er dessen Erbe wäre, mit der, vom

90) *L.* 2. §. 1. *et* 2. *D. de curatore bonis dando.* (XLII. 7.) Daß hier in Ulpians *libro LXV. ad Edictum* vom **magister** die Rede gewesen, an dessen Stelle der hier substituirte **Curator bonis distrahendis** getreten, beweisen die Worte: **neque iudicatum solvi nomine eius,** ***cuius bona veneunt.*** Das Räthsel wird sich nachher auflösen.

91) GAJUS *Instit. Comm. III.* 80. *et* 81. *IV.* 35.

92) *Comm. IV.* §. 145.

93) *Comm. IV.* §. 35. Similiter et *bonorum emtor* ficto se herede agit, sed interdum et alio modo agere solet: nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur *Rutiliana*, quia a Praetore PUBLIO RUTILIO, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est: superior autem species actionis, qua *ficto se herede* bonorum emtor agit, *Serviana* vocatur.

Prätor Servius benannten, actio *Serviana;* waren aber die Güter eines Lebenden verkauft worden, so ward fingirt, der **bonorum emtor** klage, als wäre er des Schuldners Procurator [94]), und gab ihm die vom Prätor Publius Rutilius eingeführte *Rutiliana* actio, welche ganz die Formel der Klage eines Procurators hatte [95]). Der Käufer mußte daher die Prozeßcautionen des Procurators leisten, von welchen er als Erbe frey war [96]). Dort wurde aus des Schuldners Person intendirt, und auf den Kläger selbst die Condemnation gestellt; welches in dem Falle, da eines Verstorbenen Güter waren verkauft worden, nicht geschehen konnte [97]). Gajus macht bey dieser Gelegenheit die Bemerkung, man sage, die **Bonorum venditio** sey durch den Prätor Publius Rutilius eingeführt worden. Es war ohne Zweifel der Publius Rutilius Rufus, der im Jahr **649** der St. R. Consul war [98]). Hieraus erklärt sich nun, wenn Gajus [99]) die **emtio bonorum** zu den **modis** zählt,

94) Man vergleiche Puggè über die **Vinditio bonorum** in dem Rhein. Museum. 2. Jahrgg. S. 93. *Aug. Guill.* Heffter ad Gaii Institut. Comm. IV. §. 35. pag. XVIII. und vorzüglich Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts. 3. B. (Heidelberg 1829.) §. 80. S. 254. fg. wo überhaupt diese Materie am ausführlichsten und gründlichsten ist abgehandelt worden.

95) Gajus *Comm. IV.* §. 86.

96) S. Schweppe röm. Rechtsgeschichte. §. 592. S. 860. der 2. Ausg.

97) S. Zimmern a. a. O. S. 255. und §. 156.

98) S. *Jans. ab* Almeloveen fasti Rom. consular. pag 95. und Zimmern Gesch. des röm. Rechts. 1. B. 1. Abth. §. 75. a. S. 280. ff. bes. Not. 20. u. 3. B. §. 76. S. 237.

99) *Comm. II.* §. 97. *et* 98.

quibus *per universitatem* res nobis adquirantur. Sie begründete aber keine civilrechtliche, sondern eine prätorische Universalsuccession, welche mit der Bonorum possessio darin eine Aehnlichkeit hatte, daß sie auch, wie diese, ex Edicto gesucht und verfügt ward[100]), nur von solchen Obrigkeiten, penes quos erat imperium[1]) nämlich vom Prätor, und Präses der Provinz, nicht von Municipal-Magisträten, verfügt werden konnte[2]), und auch der Käufer durch diese emtio bonorum keine andere Rechte erhalten konnte, als der prätorische Erbe, ehe er usucapirt hatte, denn beyde, sagt Theophilus[3]), sind prätorische Successoren. Die Stelle selbst ist merkwürdig, wo er von den Wirkungen der emtio bonorum spricht. Die hieher gehörigen Worte lauten folgendermaßen: *πᾶσαι αἱ ἀγωγαὶ, αἵ τινες ἥρμοζον τῷ ὑποστάντι τὴν bonorum βενδιτίωνα, καὶ ὅσαι ἦσαν κατ᾽ οὐτοῦ, αὗται μετεφέροντο ἐπὶ τὸν bonorum ἔμπτωρα, καὶ οὐτιλίως ἐνῆγε καὶ ἐνήγετο, ὥσπερ καὶ ὁ bonorum possessor. ἀμφότεροι γὰρ πραιτώριοι διάδοχοι.* i. e. *omnes actiones, quae subeunti bonorum venditionem competebant, et quotquot adversus eum erant, illae in bonorum emtorem transferebantur, atque utiliter et agebat, et conveniebatur, sicuti et bonorum possessor: ambo enim praetorii sunt successores.*

100) Cicero *ad Attic. Lib. VI. Epist.* 1. und *pro Quintio* cap. XXVII. nr. 84.

1) *L.* 3. *et* 4. *D. de iurisd.*

2) *L.* 4. §. 4. *D. de damn. inf.* (XXXIX. 2.) *L.* 26. §. 1. *D. ad Municipal.* (L. 1.) S. Stieber. §. 8.

3) *Paraphr. gr. Institut.* Lib. III. Tit. 12. pr. Tom. I. pag. 611. edit. *Reitz.*

Das Eigenthum, welches der emtor bonorum erwarb, konnte also nicht ex iure Quiritium, sondern nur das in bonis seyn, wie Gajus[4]) lehrt.

4) *Comm. III.* §. 80. Neque — bonorum possess — *pleno iure fiunt, sed* IN BONIS *efficiuntur:* — autem ita demum adquiruntur, *si usucapiuntur.* Diesem scheint zwar *M. Terent.* VARRO *de Re Rustica* Lib. II. Cap. 10. (*Scriptor. Rei Rust.* Vol. I. pag. 197. edit. *Bipontin.*) zu widersprechen, wenn er sagt: In emtionibus *dominum legitimum* sex fere res perficiunt: — *tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit.* Nach dieser Stelle sollte man fast glauben, es sey quiritarisches Eigenthum auf den emtor bonorum übergegangen. Ja es scheint sich dieses noch mehr dadurch zu bestätigen, daß *S.* POMP. FESTUS *de Verbor. Signif.* voc. *Hasta* sagt: *Hastae subiiciebantur ea, quae publice venundabant, quia signum praecipuum est hasta;* besonders wenn man erwägt, daß die Hasta gebraucht wurde zur Bezeichnung eines quiritarischen Rechts. Allein Varro spricht ja nicht von der venditio bonorum, die auf Antrieb der Gläubiger durch einen Magister vollzogen wurde, sondern von der SECTIO, wodurch das an den Staat verfallene Vermögen eines proscripti, oder iudicio publico damnati, oder eines Verstorbenen, dessen Erbschaft dem Fiscus anheimgefallen war, unter öffentlicher Auctorität des Prätors per universitatem verkauft wurde, wovon der Käufer SECTOR hieß. CICERO *pro Roscio Amerino.* Cap. XXXVI. n. 103. *pro P. Quintio.* Cap. XLIII. n. 126. *in Verrem. Lib. I. cap.* 20. S. *Q.* ASCONII PEDIANI Commentat. in III. contra Verrem. Oration. pag. 59. et 63. (edit. *Franc.* HOTOMANI *Lugduni* 1551. 8.) (*Lugd. Batav.* 1644. pag. 84. et 88.) besonders GAJUS *Institution. Comment. IV.* §. 146. „Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur *sectorium,* quod SECTORES vocantur, qui publica bona mercantur.“ Diese hatte bona publica zum Gegenstande,

Ein solches strenges, der bürgerlichen Ehre so höchst nachtheiliges Concursverfahren konnte man nicht füglich

welche der Staatskasse zugefallen waren. Die Beschlagnahme des Vermögens geschahe hier so, daß der Prätor die Quästoren des öffentlichen Schatzes in die bona einwies. Livius Lib. XXXVIII. cap. 60. Cicero *in Verrem Lib. I.* cap. 20. S. Dirksen Beyträge zur Kunde des röm. Rechts. 3. Abh. S. 202. ff. und Zimmern Gesch. des röm. PrivatR. 3. B. §. 76. S. 236. Not. 10. Bey dieser Sectio geschahe, wie bey der Auctio, die Feilbietung sub hasta, wie die Stelle des Festus beweist, und durch einen unter diesem Symbol obrigkeitlich vorgenommenen Verkauf erwarb der Käufer quiritarisches Recht. S. Schweppe röm. Rechtsgeschichte §. 521. S. 752. der 2. Ausg. Puggé rechtsgeschichtl. Bemerkungen, im Rhein. Museum 2. Jahrgg. S. 91. besonders Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 76. S. 237. Not. 11. Bey der bonorum venditio eines in Concurs verfallenen Schuldners wird der hasta nie gedacht, so wenig wie das Wort *Sectio* von einem solchen Privat-Concurse vorkommt. S. Stieber de bonor. emtione P. I. §. 22. Von einem öffentlichen Verkaufe, welcher von Seiten des Staats vorgenommen ward, dem das subhastirte Vermögen angefallen war, spricht auch nur Festus, wie die Worte, *quae publice venumdabant* klar beweisen. Beydes unterscheidet genau Gajus *Instit.* Comm. III. §. 154. wenn er sagt: Item si cuius ex sociis bona *publice* aut *privatim* venierint, solvitur societas. Jenes ist der Fall, wenn das Vermögen eines Socius confiscirt wird, dieses, wenn er in Concurs verfällt. In solchen Fällen mußte sich freylich die Societät auflösen. §. 7. *J. de Societ.* (III. 26.) S. Vinnii Comm. ad h. §. et Heineccius ad Eund. Wenn Gajus in der zu Anfang dieser Note angeführten Stelle noch die Worte beyfügt: *Interdum quidem bonorum emtoribus*, welche jedoch ganz lückenhaft sind; so scheint er allerdings Fälle angeführt zu haben, wo die bonorum emtio ein dominium civile gab, wie auch Puggé a. a. O.

bey solchen Personen eintreten lassen, welche **clarae** und **illustres personae** waren, z. B. wenn ein Senator, oder dessen Gattin sich in dem Falle befanden, daß ihr Vermögen Schulden halber verkauft werden mußte. Es ward daher, vielleicht unter Hadrian, ein Senatusconsultum gemacht, vermöge welchem das Vermögen eines solchen insolventen Schuldners, welcher zu den Standespersonen gehörte, nicht im Wege des gewöhnlichen strengen Concursverfahrens durch einen Magister, sondern einzeln durch einen Curator sollte verkauft werden dürfen. Neratius Priscus[5]) und Juventius Celsus[6]), welche beyde unter Hadrian blühten, haben dieses Senatusconsultums zuerst gedacht, von dem sich auch wohl aller Wahrscheinlichkeit nach dasselbe herschreibt[7]). Der **Curator bonorum** kann also wohl nicht, wie Schweppe[8]) behauptet, eben so alt, wie die Immission selbst seyn. Um also die **ignominia, quae accedit ex venditione bonorum**, wie Gajus[9]) sagt, von solchen Standespersonen abzuwenden, pflegte der Senat in vorkommenden Fällen zu erlauben, daß

S. 92. mit Recht bemerkt hat. Allein eine prätorische bonorum venditio konnte dieses nicht seyn, weil diese nicht sub hasta geschahe, also nur eine solche, von welcher Varro spricht. Den Unterschied zwischen *Sectio* und *emtio bonorum* hat übrigens sehr genau auseinandergesetzt Stieber in der angef. Schrift §. 2—7. Man vergl. auch Heffters Institutionen des röm. und teutsch. Civil-Prozesses. S. 560. Not. 1. Friedr. Adolph Schilling Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1829. 8. S. 70—73.

5) *L.* 9. *D. h. t.*

6) *L.* 3. *D. de curatore bonis dand.*

7) S. Stieber angef. Schrift. §. 20. pag. 62.

8) Röm. Rechtsgeschichte. §. 595. S. 862.

9) *Comm. II.* §. 154.

das Vermögen des Schuldners, und zwar nicht, wie bey der venditio bonorum, per universitatem, sondern die Vermögensstücke einzeln durch einen Curator verkauft werden konnten, welcher denn aus ihrem Erlös die Gläubiger befriedigte [10]). Da der Verkauf hier im Einzelnen geschahe [11]); so werden nicht, wie bey der bonorum venditio, die Ausdrücke *bona venire*, *vendi*, *proscribi* [12]), sondern ea *distrahi* [13]) oder *alienari* [14]) gebraucht. Daher heißt es in unsrer *L.* 5. *h. t.* Curator constituitur *distrahendorum bonorum gratia*. Eben deswegen, weil hier keine proscriptio und venditio bonorum per universitatem geschahe, ward die Infamie vermieden. Gajus sagt, auf diesen Schimpf hindeutend: Nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solvatur, *curator* constituitur *distrahendorum bonorum gratia* vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside. Die Kaufgelder wurden von dem Curator Namens der Gläubiger beygetrieben, und pro rata nach dem Vorzug ihrer Forderungen unter

10) S. Heffter Institutionen. S. 563.

11) S. Stieber de bonor. emtione. P. 1. §. 20. pag. 62.

12) Cicero *pro Quintio*. Cap. VI. nr 25. Cap. XVI. nr. 51. Cap. XXIII. nr. 73. et 75. *ad Atticum*. Lib. 1. Ep. 1. *L.* 6. §. 1. *D. Quib. ex caus. in possess. eat. L.* 7. §. 1. *D. eodem.* Gajus *Institut. Comm. II.* §. 154. *et* §. 155. *Comm. III.* §. 77 — 79.

13) *L.* 23. §. 2. *D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.) *L.* 4. *et* 5. *D. de curator. bonis dand.* (XLII. 7.) *L.* 2. *pr. D. eodem. L.* 9. *D. h. t.*

14) *L.* 7. §. 1. *D. h. t. L.* 31. §. 4. *D. de reb. auct. iud. possid.* (XLII. 5.)

sie vertheilt[15]). Papirius Justus *libro I. de Constitutionibus*[16]) führt ein Rescript von den Kaisern Antoninus und Verus an, woraus man sieht, die Wohlthat des Senatusconsultums müsse damals noch ein Vorrecht der Standes-Personen gewesen seyn. Allein späterhin ward der Verkauf durch einen Curator die allgemeinere Form, obwohl den Gläubigern Anfangs noch die

15) S. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 594. und 595. Von dem Unterschiede zwischen curator und magister haben ausführlich gehandelt *Emund.* Merillius Observat. Lib. V. Cap. 37. und Stieber P. I. §. 20. pag. 61. sq. Man sehe jedoch Zimmern Gesch. Bd. 3. §. 79. S. 252. Not. 25.

16) *L.* 4. *D. de curatore bonis dando.* Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt: bonis per curatorem *ex Senatusconsulto* distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere. Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 12. Sch. pag. 180. edit. *Fabroti* versteht zwar diese Gesetzstelle ganz richtig von der Veräußerung der Güter eines Senators, worin ihm auch Fabrot Recht giebt; allein unrichtig ist wohl das ante gesto durch ἐκ τεσταμέντου gegeben. Die Worte: nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere, deuten vielmehr auf die Folge der Infamie hin, welche mit der venditio bonorum verbunden war. Der Schuldner wurde als ein capite deminutus behandelt, so daß nulla actio (sc. civilis) *ex ante gesto* weder ihm zustand, noch gegen ihn statt hatte. *L.* 40. *D. de operis libertorum.* (XXXVIII. 1.) *L. ult.* §. 7. *D. Quae in fraud. credit.* S. *Christ. Frid.* Mühlenbruch Observation. iuris Rom. Specim. I. *Regiom.* 1818. 8. Cap. I. pag. 15. sq. und Zimmern Gesch. des röm. R. 3. Bd. §. 76. u. 77. auch §. 80. In diese Strafe verfiel der Schuldner, der sich durch Hintergehung der Gläubiger des beneficii Senatusconsulti unwürdig gemacht hatte.

Wahl gelassen war, ob sie den Weg der Distraction durch einen Curator, oder den Weg der förmlichen venditio einschlagen wollten. Jedoch scheint dieß wohl nur bey solchen Schuldnern der Fall gewesen zu seyn, welche nicht zu den Standespersonen gehörten[17]). Jenes ward jedoch zuletzt die allein übliche[18]). Das Verfahren durch venditio bonorum kam nämlich sammt dem Magister ganz ab, weil die Weitläuftigkeit und Schwerfälligkeit dieser Form, welche Theophilus[19]) mit Recht eine *διὰ πολλῶν κύκλων, καὶ πολλῶν περίοδων γενομένη*, d. h. *per multas ambages multosque circuitus facta*, nennt, sich nicht mehr mit der spätern Gerichtsverfassung, oder den *iudiciis extraordinariis* vertrug, wie uns Justinian[20]), und so auch sein Paraphrast[21]) auf eine etwas räthselhafte Art belehren[22]). Der Curator trat also nun

17) S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 255.

18) S. Heffter's Institutionen. S. 563.

19) *Paraphr. graec. Institut.* Lib. III. Tit. 12. pr. (Tom. I. pag. 609. edit. *Reitz.*)

20) *Pr. J. de succession. sublat.* (III. 12.) Sed cum *extraordinariis iudiciis* posteritas usu est: ideo *cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt*, et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere.

21) Cit. loc. *σήμερον δὲ τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδιναρίων ὄντων, — εἰκότως αἱ* *bonorum venditiones* *εἰσὶν ἐν ἀχρηστίᾳ*: d. h. *Hodie autem, quum iudicia sint extraordinaria, — consequenter bonorum venditiones non sunt in usu.*

22) S. *Jac.* Cujacii Commentar. ad tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 57. et 58. Schweppe röm. Rechtsgeschichte §. 590. der 2. Ausg. und Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. a. E.

an die Stelle des Magisters, und es wurden alle mit dem Begriff der Universalsuccession nicht im Widerspruch stehende Grundsätze vom **magister** auf den **curator** bezogen[23]). Wo daher in den Schriften der röm. Juristen von dem Magister die Rede war, da wurde das Wort **curator** substituirt[24]). Deswegen ist aber doch nicht anzunehmen, daß überall, wo es jetzt **curator** heißt, in den ältern Rechtsquellen **magister** gestanden habe, wie von mehreren[25]) behauptet worden ist. Cornel. van Bynkershök[26]) hat diesen Irrthum schon zur Genüge widerlegt, wiewohl sich auch nicht mit ihm behaupten läßt, daß schon zur Zeit der Pandectisten überall nur von Curatoren die Rede gewesen wäre. Es scheint vielmehr die **bonorum venditio** noch zu Diocletians Zeiten vorgekommen zu seyn[27]). Ob durch Interpolation für ***magister*** das Wort **curator** gesetzt worden ist, erkennt man aus den gebrauchten Ausdrücken, ob nämlich die Ausdrücke ***bona vendere***, ***bona venire***, oder ***bona distrahere*** gebraucht worden sind. Ist das Erstere, so stand gewiß in den ächten Quellen der Pandecten das Wort **magi-**

23) *L.* 9. §. 3. *D. de reb. auct. iud. possid.* S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 256.

24) S. Pothier Pandect. Justin. Tom. III. Lib. XLII. Tit. 7. Nr. III. Not. c. pag. 190.

25) S. Cujacius Paratitl. ad Lib. L. Dig. Tit. 8. und Wissenbach Emblem. Tribon. Cap. VI. ad L. ult. D. de curat. bonis dand. pag. 127. sq. (edit. *Heinecc.* Hallae 1736. 8.)

26) Observat. iuris Rom. Lib. VII. Cap. 14.

27) *L.* 6. *L.* 9. *C. de bonis auctoritate iudicis possidendis, seu venundandis.* (VII. 72.) S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 257.

ster. In dem letzten Falle hingegen hat es auch ohne Zweifel schon ursprünglich curator geheißen; wie z. B. in unserer *L.* 5. auch *L.* 9. *h. t.* Hier, wo so genau zwischen bona *venire*, bona *vendere*, und bona *distrahere* unterschieden wird, ist eben so wenig eine Interpolation anzunehmen, als in *L.* 22. *D. de minorib.* und *L.* 9. §. 3. *D. de reb. auct. iud. possid.*[28]). Indessen ist denn auch freylich oft durch Interpolation für vendere oder venire bona ein distrahere substituirt worden[29]).

Das andere Gesetz dieses Titels ist die *L.* 9. aus Neratii *libro I. Membranarum*, folgenden Inhalts:

Cuius bonis distrahendis curatores facere Senatus permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent. Sicut enim integra re potestas ipsis est, utrum velint, eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent. Multoque magis id servari aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit. Nam

28) Man vergl. hier vorzüglich Stieber P. I. §. 20. pag. 63. sq. und §. 9. pag. 26. auch Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 79. S. 252.

29) Man vergleiche z. B. §. 1. *I. de hered. qualit. et different.* (II. 19.) mit Gajus *Comm. II.* §. 154. wo dieser sagt: ut si creditoribus satis non fiat, potius heredis, quam ipsius testatoris *bona veneant*; statt dessen die Institutionen §. 1. *cit.* haben: potius eius heredis bona, quam ipsius testatoris, *a creditoribus possideantur*, *vel distrahantur*, *vel inter eos dividantur*. S. Stieber P. I. §. 3. pag. 12. und Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 257. Not. 10.

et tunc ex integro alius curator faciendus est: neque heres prioris curatoris onerandus, cum accidere possit, ut negotio vel propter sexus, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, *quam*[30]**) in priore curatore spectata erat, habilis non sit, possint etiam plures heredes ei existere, neque aut per omnes id negotium administrari expediat, aut quicquam dici possit, cur unus aliquis ex his potissimum onerandus sit.**

Auch dieses Fragment von Neratius bezieht sich auf jenes **Senatusconsultum**, wovon die vorige *L.* 5. sprach, welches eigentlich nur eine Wohlthat für Standespersonen war. Den Gläubigern war daher nicht erlaubt, **bona sc. cum Senator, vel eius ordinis debitor esset, vendere**, zu deren Distraction der Senat auf Verlangen der Gläubiger einmal einen Curator gegeben hatte. Denn der Weg der Distraction war ein **beneficium debitorum Senatorii ordinis**, wie es in diesem Gesetz ausdrücklich genennet wird. Nur in andern Fällen scheint der Senat den Creditoren die Wahl gelassen zu haben, ob sie die **bona** ihres Schuldners durch einen Magister wollten im Ganzen verkaufen, (**vendere**), oder einen Curator **bonorum distrahendorum causa** bestellen lassen. Diese Wahl wird nun in diesem Gesetz anerkannt, und zugleich vom Neratius bemerkt, daß eine solche Wahl unabänderlich sey, zumal wenn sich der Curator

30) Statt *quam*, wie die Florentine liest, substituirt Beck mit Haloander quae. Allein die florentinische Lesart, welche einen vollkommenen richtigen Sinn hat, bestärken die *Scholia Basilicor*. Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. X. p. 171. Sch. n. Die Stelle selbst wird nachher vorkommen.

einmal dem Geschäft der **distractio bonorum** unterzogen hatte, weil hierbey auch der Schuldner gewann, denn eine solche Distractio, d. i. ein Verkauf im Einzelnen, hatte die Folge, daß ein etwaiger Ueberschuß dem Schuldner zurückgegeben werden mußte[31]). Aber wie nun, wenn der Curator starb, ehe er die Distraction vollendet hatte? wer sollte nun das Geschäft vollenden? Etwa desselben Erbe? Der könnte ja aber entweder wegen Geschlechts-Eigenschaft, oder wegen Alters-Schwäche zu diesem Geschäft ganz untüchtig seyn. Er könnte auch eine höhere oder geringere Würde bekleiden, als bey dem verstorbenen Curator war berücksichtiget worden. Und wie wenn der Erben mehrere seyn sollten? Das Geschäft durch alle vollenden zu lassen, wäre weder rathsam noch zweckmäßig; Einen aber allein damit zu belästigen? mit welchem Grunde hätte man dieses rechtfertigen können? Neratius giebt daher den Gläubigern den Rath, sie sollen einen neuen Curator bestellen. Eine Cautel, deren Neratius in seinen *libris Membranarum* mehrere gegeben hat[32]). Der griechische Scholiast versteht jedoch dieses Fragment so, als ob auch in dem Falle, da der Schuldner ein Senator ist, der Senat den Creditoren die Wahl zwischen **vendere** und **distrahere** gelassen habe. Er sagt nämlich:

Ὅταν συγκλητικὸς κατάχρεως ἐστιν, ἐκέλευσεν ἡ σύγκλητος, ὡς καὶ πρὸ μικροῦ εἴρηται, κουράτωρα δίδοσθαι ἐπὶ τῃ δια πράσει τῆς οὐσίας αὐτοῦ,

31) S. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 590. S. 858. und Zimmern Gesch. des röm. Priv. Rechts. 3. Bd. §. 80.

32) S. *Jo. Conr.* Sickel Exercit. de Neratio Prisco, praes. *Christ. Gottl.* Richtero def. *Lipsiae* 1788. Cap. IV. besonders pag. 50—52.

ἐξ αἰτήσεως τῶν δανειστῶν αὐτοῦ. Ἐὰν δὲ ἅπαξ προβληθῇ ὁ κουράτωρ, οὐκέτι ἔξεστι τοῖς δανεισταῖς δι' ἑαυτῶν πωλεῖν τὴν τοῦ συγκλητικοῦ οὐσίαν· ὥσπερ γὰρ ἐν ἀρχῇ τοῦ πράγματος ἐξουσίαν εἶχον ἀπαιτῆσαι δοθῆναι τὸν κουράτωρα, ἢ μὴ ἀπαιτῆσαι τὸν κουράτωρα, ἀλλ' αὐτοὶ γενέσθαι ἐπὶ νομῇ τῆς οὐσίας, καὶ δι' ἑαυτῶν πωλῆσαι αὐτὴν, ἢ ἄλλως πως τὰ περὶ αὐτὴν διοικῆσαι· οὕτως ἐπιλεξάμενοι τὸ ἓν, ὀφείλουσιν ἀπέχεσθαι τοῦ ἑτέρου· πολλῷ δὲ μᾶλλον εἰ καὶ γέγονε κουράτωρ, καὶ ἤρξατο πωλεῖν τὰ τοῦ συγκλητικοῦ πράγματα. Εἰ καὶ ἐτελεύτησε μὴ πληρώσας τὴν πρᾶσιν πάσης τῆς οὐσίας τοῦ συγκλητικοῦ, ἀλλ' ἄνωθεν ἕτερον κουράτωρα αἰτεῖν οὐδὲ γὰρ δεῖ τὸν κληρονόμον τοῦ πρωτού κουρατωρος βαρύνεσθαι τῇ κουρατωρείᾳ· ἔστι γὰρ ἢ διὰ φύσιν συνοῦσαν ὁ κληρονόμος, ἢ διὰ τὴν τῆς ἡλικίας ἀσθένειαν, ἢ διὰ τῷ εἶναι πολλῷ μείζονα ἀξίαν ὑπὲρ τὸν κουράτωρα, ἢ πολλῷ καταδεέστερον αὐτὸν εἶναι (τὸν προκουράτωρα) ἀνεπιτήδειον πρὸς τὴν κουρατωρείαν· εἰκὸς δὲ καὶ πολλοὺς γενέσθαι κληρονόμου τοῦ κουράτωρος· καὶ οὐ συμφέρει διὰ πάντων πωλεῖσθαι τὰ τοῦ συγκλητικοῦ πράγματα· οὐ γὰρ δυνάμεθα λέγειν ἕνα τῶν κληρονόμων βαρύνεσθαι μόνον, τοὺς δὲ λοιποὺς ἀπαλλάττεσθαι· καλῶς οὖν εἴρηται τὸ ἄλλον ἄνωθεν αἰτεῖσθαι κουρατωρα.

Cum Senator debitor est, Senatus iubet, ut paulo ante dictum est, distrahendis bonis eius curatorem dari ex postulatione creditorum eius. Quodsi semel constitutus sit curator, iam non licet creditoribus Senatoris bona per se vendere: nam sicut initio rei in eorum arbitrio est, utrum velint curatorem dari, an non velint curatorem,

sed se in possessionem bonorum mitti, eaque per se distrahi, vel quovis alio modo administrari, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent: et multo magis, si iam factus curator, coepit vendere Senatoris bona. Sed si decesserit, non perfecta venditione omnium bonorum Senatoris, rursus alius curator petendus est, nec enim curatione onerari oportet heredem prioris curatoris. Potest enim heres vel propter sexum muliebrem, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam fuerit in priore curatore, non esse idoneus ad curationem. Forte et plures ei heredes existunt, et per omnes vendi bona Senatoris non expedit, nec potest dici, unum eorum tantum potius onerandum esse, quam ceteros. Itaque rectius est, alium curatorem peti.

In diesem Titel ist nur eigentlich von der **cura plena** die Rede, jedoch mit Ausschluß der Curatel der Minderjährigen, von der schon oben gehandelt worden ist. Für die **cura** sind nun folgende allgemeine Sätze vorauszuschicken.

1) Die Art der Bestellung derselben weicht von der Tutel darin ab, daß sie nicht, wie diese, unmittelbar durch Testament, d. h. auf eine solche Art bestellt werden kann, daß der Berufene **ipso iure** Curator würde. Hat der Vater dennoch einem nicht unmündigen Kinde z. B. wegen Wahnsinns, oder wegen Hangs zur Verschwendung einen Curator im Testamente gesetzt, so ist die Bestellung anders nicht gültig, als wenn der Curator von der Obrigkeit bestätigt worden ist[33]). Die Confirmation

33) §. 1. *in fin. J. de Curator. L.* 1. §. 3. *D. de confirm.*

geschieht aber, wie bey einem ungültig vom Vater bestellten Tutor, **citra inquisitionem**[34]). Die Obrigkeit ist verbunden, den Willen des Vaters zu befolgen, auch wenn er einen Sohn, der über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, als einen Wahnsinnigen oder Verschwender unter die Curatel gesetzt hat. Auch in diesen Fällen ist die Obrigkeit von den Gesetzen angewiesen, den im Testament verordneten Curator ohne Weiteres zu bestätigen. Man möchte zwar glauben, es komme in solchen Fällen doch immer noch erst darauf an, ob denn der Sohn auch wirklich wahnsinnig, oder Verschwender, und ihn also als einen solchen unter Curatel zu setzen nöthig sey. Allein die Gesetze erfordern deswegen keine weitere Untersuchung. Hat der Vater den Sohn einmal für einen Wahnsinnigen, oder für einen Verschwender im Testament erklärt, und es nicht etwa für rathsamer gehalten, denselben wegen Blödsinns oder wegen seiner Neigung zur Verschwendung **bona mente** zu enterben, die Kinder, die er etwa hat, statt seiner zu bedenken, und ihm blos den hinreichenden Lebensunterhalt auszusetzen[35]);

tut. vel curat. L. 7. in fin. Cod. de testam. tut. S. den 29. Th. des Commentars §. 1321. S. 468—470. Man vergleiche aber noch besonders *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VII. Cap. 6. *Ant.* Faber Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XXIII. Princ. II. pag. 1083—1085. und *Hug. Donellus* Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 4—6. pag. 233. sq. (Vol. II. edit. noviss. *Koenig. Bucher. Norimb.* 1805. 8.)

34) *L. 6. D. de confirm. tut. vel curat. L. 7. §. 5. Cod. de curat. furiosi vel prodigi.* S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. IV. illat. 21. pag. 778.

35) S. den 7. Th. des Commentars §. 551. S. 255.

(wodurch jedoch der Vater, wie wir nachher sehen werden, nicht immer seinen Zweck erreichen wird) so muß ihn auch die Obrigkeit als einen solchen behandeln, und den im Testament bestellten Curator, dem Willen des Vaters gemäß, bestätigen. Ueber alles dieses hat uns Tryphoninus in einer aus desselben *L. XIII. Disputationum* [36]) genommenen Stelle ausführlich belehrt. Er sagt daselbst:

Si furioso puberi, quamquam maiori annis viginti quinque, curatorem pater testamento dederit: eum Praetor dare debet, secutus patris voluntatem; manet enim ea datio curatoris apud Praetorem, ut rescripto *Divi* Marci continetur. §. 1. His consequens est, ut, et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius sequi debeat Praetor, eumque dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento cavisset, Praetor ei bonis interdicturus esset? et maxime si filios habeat iste prodigus? §. 2. Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse, et exheredasset filium, eique, quod sufficeret alimentorum nomine, ab eis certum legasset, addita causa necessitateque iudicii sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo. §. 3. Sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus? *Sed per omnia iudicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aliquod forte suum vitium idoneum putaverit.*

36) *L.* 16. *D. h. t.*

§. 1390. b.

Erklärung der *L. 16. D. h. t.* Besonders gegen Anton Faber.

Anton Faber[37]), welcher diese Gesetzstelle einer strengen Critik unterworfen hat, hält die ganze Frage, nebst ihrer Entscheidung für ein Werk des Tribonians, woran Tryphoninus keinen Theil habe. Alles, die ungebildete Schreibart, und die darin vorkommenden vermeintlichen Ungereimtheiten verriethen den Geist des Tribonians deutlich genug. Da jedoch Anton Faber, so wie alle übrige Rechtsgelehrten, welche ich verglichen habe, dieses Gesetz unrichtig verstanden haben; so wird es nicht unzweckmäßig seyn, dasselbe etwas genauer zu erklären[38]). Tryphonin spricht hier zunächst von einem filius furiosus, der schon über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, und dem der Vater in seinem Testament einen Curator gesetzt hat. Er sagt, der Prätor müsse hier den Willen des Vaters befolgen, und den von ihm bestellten Curator bestätigen. Denn wenn gleich das Gesetz der 12 Tafeln befiehlt, daß furiosi in der curatio der Agnaten seyn sollen, und diesem Gesetz der Wille des Vaters entgegenstreitet, weil das Gesetz dem Vater nicht eben so den Kindern, die nicht mehr unmündig sind, einen Curator zu bestellen erlaubt, als er seinen unmündigen Kindern

37) Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 13. pag. 771 — 775.

38) In einer neuern Abhandlung über die cura prodigi, so wie sie Gesterding in der Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. 1. Th. Greifswald 1826. 8. liefern wollte, hätte man billig eine Erklärung dieses schwierigen Gesetzes erwartet. Es ist darin S. 40. blos wörtlich abgedruckt.

einen Tutor im Testament bestellen kann; so schien doch auch hier die Absicht der Gesetze erreicht zu seyn. Denn ohne Zweifel haben die Gesetze aus keinem andern Grunde den nächsten Agnaten die Curatel übertragen, als weil sie geglaubt haben, bey ihnen sey für die Person und das Vermögen des Furiosus am besten gesorgt. Könnte nun also der Prätor wohl sicherer gehen, als wenn er den vom Vater bestellten Curator bestätiget, da dem Vater das Wohl des Kindes gewiß mehr am Herzen liegt, als den Agnaten? Daher heißt es in dem von Tryphonin angeführten Rescript des Kaisers Marcus: *manet ea datio curatoris apud Praetorem*, d. h. **a Praetore tuenda est, licet a lege haud adprobetur.** Da der Verschwender in Rücksicht auf Vermögensverwaltung dem Wahnsinnigen pflegt gleichgesetzt zu werden; so war es ganz consequent, wenn Tryphonin das Rescript des Divus Marcus auch auf den Fall anwandte, da der Vater seinem verschwenderischen Sohne einen Curator gesetzt hat. Er sagt mit Recht, daß auch hier der Prätor den Willen des Vaters befolgen, und den Curator bestätigen müsse. Denn man muß annehmen, der Vater sey in dem einen, wie in dem andern Falle, für das Wohl seines Sohnes besorgt gewesen. Soweit läßt nun Anton Faber den Tryphonin passiren. Allein von den Worten: *Sed utrum omnimodo* an, findet er nichts als Ungereimtheiten und Tribonianismen. Denn wozu Erstens die hier aufgeworfene Frage? Man muß es dem Vater schon zutrauen, daß er dem Sohne aus keinem andern Grunde einen Curator werde gesetzt haben, als aus welchem ihn auch der Prätor unter die Curatel zu setzen sich würde bewogen gefunden haben, wenn der Vater deshalb auch keine Verfügung getroffen hätte. Allein wie

könnte man die eine Frage unnütz nennen, die ihr Absehen darauf hatte, ob die Bestätigung des Curators cum oder **sine inquisitione** geschehen müsse? Eben deswegen, weil die Obrigkeit es dem Vater glauben muß, daß er seinen Sohn anders nicht, als *vero consilio*, wie es am Ende unserer Gesetzstelle heißt, d. i. aus einem mit Ueberzeugung gefaßten Entschluß und nach reiflicher Ueberlegung für einen Verschwender werde gehalten haben, soll sie den Curator ohne weitere Untersuchung bestätigen. Weil also hier die Bestätigung des Curators **citra inquisitionem** erfolgt, so steht ein solcher Curator einem bestätigten Tutor gleich, den der Vater zwar nicht auf eine gültige Art bestellt hat, den aber doch die Obrigkeit in Folge väterlicher Willensverordnung bestätigen muß, und so wie dieser, der Bestätigung ungeachtet, **tutor** *testamentarius* genennt wird, so kann auch der vom Vater bestellte Curator ein **testamentarius** genennt werden, wie ihn auch Modestinus *libro VI. Regularum* [39]) wirklich so nennt. Aber was soll denn nun der Zusatz heißen: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* Was liegt denn daran, ob der verschwenderische Sohn Kinder hat, oder nicht? Deswegen muß er ja doch den Curator annehmen. Auch hierin findet Anton Faber eine Ungereimtheit. Allein ist denn nicht der Grund zur **cura prodigi**, besonders wenn sie der Vater im Testament anordnet, stärker, wenn der zur Verschwendung geneigte Sohn Kinder hat, welchen er sein Vermögen durch Vergeudung entzieht, und sie der Gefahr aussetzt,

39) *L. 7. D. Rem pupilli vel adolesc. salvam fore.* (XLVI. 6.) S. *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XXIII. Princ. 2. pag. 1084. in fin. und Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 5.

zu darben, als wenn Er durch Verarmung blos dem Staate zur Last fällt, welcher freylich selbst dabey interessirt ist, daß Niemand von seinem Vermögen zum Nachtheil desselben Mißbrauch mache[40])? Oder betrachtet man auch nur die Verschwendung und Schwelgerey mit den Alten auf Seiten des Unrechts gegen diejenigen, denen das Vermögen dadurch entzogen wird, oder sonst ein Nachtheil daraus erwächst, welches sich darin ausspricht, wenn man sein Vermögen auf eine unvernünftige Art durchbringt, und es der Familie entzieht, oder sich durch Verarmung unfähig oder unwürdig macht, dem Staate, dem man angehört, ferner zu dienen, worin schon das Alterthum etwas Unsittliches, Liebloses und Verwerfliches fand[41]); so verräth gewiß die Lebensart des Verschwenders eine größere Ungerechtigkeit und Lieblosigkeit, wenn derselbe Kinder hat, als wenn keine Kinder vorhanden sind. Der Zusatz: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* erscheint also gewiß nicht als überflüssig. Zwar könnte freylich der Großvater, wie auch Tryphoninus hier bemerkt, für seine Enkel auch noch auf eine andere Art sorgen, als gerade auf die, daß er ihren Vater unter die Curatel setzen läßt. Er dürfte nur die Enkel zu Erben einsetzen, und den Sohn gegen Aussetzung eines hinlänglichen Lebensun-

40) §. 2. *J. de his, qui sui vel alieni iur. sunt.* (I. 8.) *L.* 12. §. 2. *D. de tutor. et curat. dat.* S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, 3. Bd. Erört. XLVIII. §. 4. S. 272 f. und die Tübing. kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 4. Bd. S. 412 f.

41) S. Cicero *de Officiis* Lib. I. Cap. 15. nr. 14. und Gesterding Cura prodigi, in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Th. Nr. II. §. 3. S. 64. ff.

terhalts bona mente enterben. Hier müßte denn aber der Vater freylich die Ursache seines Entschlusses beyfügen, dann könnte sich der Sohn nicht über Unrecht beschweren. Allein dann müßte man auch annehmen, der Sohn sey emancipirt, die Enkel von demselben aber in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben. Denn wären beyde Sohn und Enkel noch in der väterlichen Gewalt; so würde der Vater durch die Enterbung des Sohns seinen Zweck nicht erreichen. Nach dem Ausspruche Ulpians *libro VI. ad Sabinum*[42]) würde der enterbte Sohn doch die väterliche Erbschaft bekommen, der Enkel selbst würde ohne Adition seinen Vater zum Erben machen. Wie aber, wenn die Enkel selbst auch nicht einmal in seiner väterlichen Gewalt wären, weil sie erst nach der Emancipation des Sohns geboren worden sind? Hier sagt Tryphonin, der Großvater solle sie unter der Bedingung zum Erben einsetzen, daß sie von ihrem verschwenderischen Vater emancipirt werden. Allein wie kann es denn aber der Vater dem Sohne zur Bedingung machen, daß er seine Kinder emancipire, da er ihn enterbt hat? Kann man sich denn

42) L. 6. §. 5 *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) Interdum filiifamilias et sine aditione acquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate: utputa si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium. S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Praelection. Cervar. Commentar. ad tit. Pand. de liberis et postum. P. IV. Cap. IV. §. 7. pag. 138. Ejusd. Diatr. de postumis hered. instit. vel exher Cap. V. §. 23. pag. 220. Besonders Ejusd. Commentar. de acquir. vel omitt. heredit. P. II. Cap. 5. §. 46. et 47. pag. 332. et 333. und Ernst. Christ. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 71.

wohl etwas Abgeschmackteres denken, sagt Anton Faber? Es ist wahr, der Vater kann, wenn er will, die Kinder emancipiren. Die Emancipation ist gültig, weil hier der Vater den Sohn nicht für einen Verschwender erklärt, und unter die Curatel gesetzt hat. Aber wie, wenn der Vater die Bedingung nicht erfüllen will, wie kann er denn dazu gezwungen werden, wenn ihm unter dieser Bedingung nicht Etwas hinterlassen worden ist? welche Ungereimtheit? Allein sagt es denn nicht auch Tryphoninus selbst? *Sed quid*, so heißt es ja §. 3. *si nec ad hoc consensurus esset prodigus?* Wollte er denn aber damit sagen, der Vater könnte im Ernst zur Emancipation genöthiget werden? Für Tryphonin hatte wohl der gelehrte Anton Faber zu viel Achtung, um ihn einer solchen Ungereimtheit zu beschuldigen. Nein, es soll ja Tribonian hier sprechen? Allein Tribonian verdient gewiß diese Beschuldigung so wenig, als Tryphoninus. Es wird ja die aufgeworfene Frage nicht beantwortet. Warum nicht? weil sich jeder Rechtsverständiger die Frage selbst beantworten kann. Niemand kann den Vater zwingen, seine Kinder zu emancipiren. **Potestas enim patria inaestimabilis res est**, sagt Marcianus *libro VIII. Institutionum* [43]), auch selbst dann nicht einmal, wenn ihm unter der Bedingung der Emancipation ein Legat wäre hinterlassen worden, wofern er es nicht agnoscirt, wie Ulpian *libro V. Fideicommissorum* [44]) sich noch bestimmter ausspricht. Tryphonin überläßt es uns also, aus dieser Digression die Folge zu ziehen, daß der Vater durch das Mittel einer **exheredatio bona mente** bey

43) *L.* 114. §. 8. *D. de legat.* XXX.

44) *L.* 92. *D. de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

einem verschwenderischen Sohne nicht immer seinen Zweck erreichen werde, besonders wenn derselbe Kinder hat. Die ganze Digression sollte demnach gleichsam als ein zu beseitigender Zweifelsgrund dienen, um recht begreiflich zu machen, daß der Großvater in diesem Falle die Enkel anders nicht vollkommen sichern könne, als wenn er den verschwenderischen Vater derselben unter die Curatel setzt. Der griechische Scholiast[45]) deutet selbst darauf hin, wenn er sagt: *Ταῦτα δὲ πάντα ὡς ἐν ζητήσει εἰπών. Et haec omnia quasi quaerendo dixit.* Und nun wird man sich vollends überzeugt haben, daß die Worte: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* keine unnütze Frage enthalten[46]).

§. 1390. c.

Fortsetzung.

Nach dieser Digression, welche also eigentlich blos zum Beweise dienen sollte, daß wenn der verschwenderische Sohn Kinder hat, durch eine **exheredatio bona mente facta** für die Enkel nicht hinlänglich gesorgt seyn würde, kommt nun Triphoninus zur Entscheidung der oben aufgeworfenen Frage selbst zurück, nämlich ob die Obrigkeit schlechterdings verpflichtet sey, den Curator des vom Vater für einen Verschwender erklärten Sohns zu bestätigen, oder nur dann, wenn ihn der Prätor, wofern auch der Vater wegen der Curatel nichts verfügt hätte, selbst für einen Verschwender erklärt haben würde, also **praevia inquisitione?** Die Beantwortung der Frage ist in den

45) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Sch. d. pag. 172.

46) S. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. i. pag. 166.

letzten Worten unserer Gesetzstelle enthalten, welche nochmals hier vor Augen gestellt werden müssen, weil die Lesart streitig ist. Sie lauten in der florentinischen Ausgabe folgendermaßen.

Sed per omnia iudicium testatoris sequendum est: ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus, propter aliquid forte suum vitium, idoneum putaverit.

Daß hier das *Sed* in einigen Ausgaben[47]) fehlt, und vielleicht dafür besser *et* gelesen werden könne, wie Johann Wilhelm Hoffmann[48]) meint, ist gerade das Unbedeutendste in dieser Stelle. Ich sehe wenigstens nicht ein, warum nicht das **sed** sogut, wie das **et** stehen könnte. Aber die größte Schwierigkeit machen die letztern Worte: *propter aliquid forte suum vitium.* Darin sind wohl alle einverstanden, das statt *aliquid* richtiger **aliquod** gelesen werden müsse. Brenkman bemerkt auch in der Gebauerischen Ausgabe, daß Haloander, und alle übrige **propter** *aliquod* lesen. Allein worauf geht nun das *suum vitium?* Nicolaus Catharinus[49]) bezieht die Worte auf den Sohn, erlaubt sich aber folgende Versetzung. **Neque vero quem pater consulto prodigum credidit, propter aliquod forte suum vitium, eum Magistratus idoneum putaverit.** Allein das *vim fieri veto* hat dagegen schon Johann Cannegieter[50]) mit Recht ausgesprochen. Ob er aber die

47) z. B. bey Haloander und Baudoza.

48) **Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIV. §. 5. in fin.**

49) **Observation. et Conjecturar. Lib. III. Cap. 36. (in** *Thes. Meermann.* **Tom. VI. pag. 788.)**

50) **Ad Collation. Legum Mosaicar. et Romanar. Tit. IV.**

Sache besser getroffen hat, ist sehr zu bezweifeln. Er selbst will auch die Lesart für fehlerhaft halten, und vertauscht das *forte* mit fortunae. Er liest nun propter aliquod *fortunae* suum, (oder welches eben soviel seyn soll, *suae*, hoc est, filii eius) vitium. Er bezieht also, wie Catharinus, das *suum vitium* auch auf den Sohn. Daß aber das *forte* eine ganz richtige Lesart sey, und das suum vitium nicht auf den Sohn, sondern auf den Magistrat gehe, sagt uns der bey dieser Stelle noch von Niemanden benutzte Scholiast der Basiliken[51]). Seine Worte sind:

Ὅτι χρὴ κατὰ πάντα ἀκολουθεῖν τὸν πραίτωρα τῇ κρίσει τοῦ πατρὸς, καὶ ὃν ὁ πατὴρ τὰ ἀληθῆ βουλευσάμενον ἄσωτον ἀπεκάλεσεν, οὐ δύναται ὁ ἄρχων ἴσως δι' οἰκεῖον ἐλάττωμα, ἀξιόπιστον νομίζειν πρὸς διοίκησιν.

Per omnia Praetorem sequi debere iudicium patris, et quem pater vero consilio prodigum appellavit, Magistratum non posse PROPTER ALIQUOD FORTE SUUM VITIUM, *idoneum existimare ad administrationem.*

Hier ist das Wort *ἴσως* gebraucht, welches nichts anders als *forte* heißt[52]). Durch den Scholiasten erhält nun auch zugleich Hermann Cannegieter[53]) seine Zurechtweisung. Dieser will nämlich *nec* für *ne* lesen, eine Ver-

§. 9. not. c. pag. 207. (Adject. Domit. Ulpiani *fragmentis libri singular. Regular. Lugd. Batavor.* 1774. 4.)

51) Loc. *not.* 45. cit.

52) S. Passow Handwörterbuch der griech. Sprache h. v.

53) Observation. iuris Rom. Lib. II. Cap. 7. pag. 167.

wechselung, die, wie er sagt, in den alten Handschriften nicht ungewöhnlich sey, und das Wort *vitium*, will er, levi litterarum mutatione facta, wie er sich ausdrückt, in *iudicium* verwandeln. *Aliquod forte iudicium suum* heiße nun soviel, als: cum aliud quid magistratus iudicaverit. Denn *aliquod* für aliud quid komme häufig in den Gutachten der röm. Rechtsgelehrten vor [54]), und sey auch den besten lateinischen Classikern [55]) nicht fremd. Auf diese Art werde sehr treffend das iudicium magistratus dem iudicio patris testatoris gegenübergestellt. Diese Lesart sollen nun aber auch noch die Basiliken [56]) bestärken. Da heiße es:

Οὐ δύναται δὲ κρίνειν ἱκανὸν πραίτωρ, ὃν πατὴρ ἄσωτον εἶπεν.

Non potest autem idoneum iudicare Praetor, quem prodigum dixit pater.

Allein diese Stelle beweist für jene Lesart gar nichts. Denn der Grund, den Tryphoninus anführt, ist ja

54) Cannegieter beruft sich auf *Pet.* Faber Comm. ad Tit. Pand. de Regul. iuris pag. 13. und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Tit. *Quod metus causa.* Ich habe bey keinem von Beyden etwas über die angegebene Bedeutung von *aliquod* gefunden. Wohl aber bey *Guil.* Pauw in Observation. iuris civ. Rom. lib. sing. (*Hagae Comit.* 1743. 8.) Cap. XV. pag. 94. sq. und *Jo. Guil.* Marckart Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. Cap. 13. pag. 253. (*Trajecti ad Rhen.* 1747. 8.) Es kommt aber auf diese Bedeutung hier gar nichts an.

55) Ernesti ad Taciti *Annal.* Lib. I. Cap. 4. pag. 12. et 13. soll sie anführen. Es gehört aber hierher nur Not. 5. pag. 12.

56) Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 16. Tom. V. Fabroti pag. 164.

hier gar nicht ausgedrückt, sondern es wird nur gesagt, der Prätor könne den Sohn nicht für tüchtig erklären. Das *κρίνειν ἱκανὸν* ist also nicht mehr und nicht weniger, als was Tryphoninus durch *idoneum putare* ausdrückt. Die Lesart *vitium* ist demnach wohl unstreitig die richtige, wie auch schon Johann Wilhelm Hoffmann[57]) bemerkt hat, welcher ebenfalls in der angeführten Stelle der Basiliken keinen Grund zu einer solchen Emendation des Textes finden konnte. Daher ändert auch Heinr. Joh. Arntzenius[58]) nichts, sondern erklärt blos die Worte *vero consilio* für **iusto, aequo consilio**, weil der Vater dadurch, daß er den Sohn unter die Curatel setzte, auch für das Wohl seiner Enkel gesorgt hat. Anton Faber[59]) findet nun aber gerade in der richtigern Lesart einen Hauptgrund, die ganze Stelle dem Tribonian zuzueignen. Denn die Schreibart sey viel zu ungebildet, und die Entscheidung nebst dem angeführten Grunde viel zu abgeschmackt und lächerlich, als daß man sie einem so geistvollen röm. Juristen zuschreiben könnte. Der Prätor soll nämlich den Curator schlechterdings bestätigen, den der Vater seinem vermeintlich verschwenderischen Sohne gesetzt hat; also auch wenn der Sohn in der That kein Verschwender wäre. Denn das sey ja der Sinn der Worte: *omnimodo, per omnia iudicium testatoris sequendum est*. Kann man sich, sagt Faber, etwas Thörichteres gedenken? Zwar sey allerdings zu vermuthen, daß der Sohn ein Verschwender seyn müsse, den der Vater in seinem Testamente dafür erklärt, und unter die Curatel gesetzt hat;

57) Loc. cit. S. Not. 48.

58) Observation. syllog. Cap. 4. (in *Actis Societat. Trajectin.* Tom. I. pag. 141.)

59) Jurispr. Papin. Scient. c. l. pag. 774.

allein ein solches Gewicht könne doch unmöglich auf diese Vermuthung gelegt werden, daß nicht die Wahrheit das Uebergewicht behalte. Selbst dem Staate könne es nicht gleichgültig seyn, wenn einem freyen Bürger wider seinen Willen die eigene Verwaltung seines Vermögens entzogen werde, welcher erweislich kein prodigus ist. Noch unbilliger aber erscheine diese Entscheidung von der Seite, daß dadurch dem für einen prodigus erklärten Sohne auch zugleich das Recht ein Testament zu machen genommen werde. Warum glaube man denn dem Vater nicht auf sein Wort, wenn er ein Kind aus einer gesetzmäßigen Ursache enterbt, sofern sich das Kind dagegen beschwert? warum erwartet man hier den Beweis der Wahrheit von dem Erben? Kann nicht dort eben so, wie hier, der Sohn vielleicht beym Vater angeschwärzt worden seyn? Aber noch lächerlicher sey der beygefügte Grund: *ne quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus propter aliquod forte vitium suum idoneum putaverit.* Hat das Gesetz eine so gute Meinung vom Vater, daß nicht leicht zu glauben sey, er werde seinen Sohn für einen Verschwender erklären, der kein Verschwender ist; warum denkt das Gesetz dagegen so übel von dem Prätor, der lebendigen Stimme der Gesetze, daß wenn er nach sorgfältiger Untersuchung sich überzeugt hat, der Sohn sey kein Verschwender, und ihn für tüchtig zur eignen Verwaltung seines Vermögens erklärt hat, sein Urtheil einem vitio, das heißt, wie es Faber erklärt, einer Bestechung, oder Partheylichkeit zugeschrieben werden soll? Spricht nicht die Obrigkeit im Namen und an der Stelle des Regenten Recht? Und der Richter soll nicht einmal zur Rettung seiner Ehre mit einem Gegenbeweise gehört werden? Welch eine unerhörte Härte!

Allein wer erkennt nicht gleich auf den ersten Blick die schiefe Ansicht des grossen Fabers? Das Gesetz sagt ja: *quem pater* VERO CONSILIO *prodigum credidit*. Es setzt also voraus, der Entschluß und die Verfügung des Vaters gründe sich auf Wahrheit, weil der Vater seinen Sohn besser kennen muß, als der Magistrat. Wenn ferner das Gesetz vom Magistrate sagt: *propter aliquod forte suum vitium*, so wird dadurch deutlich genug zu erkennen gegeben, daß das Gegentheil nicht bewiesen werden kann. Denn der Gegenbeweis ist ja kein vitium. Beruht nun die Verfügung des Vaters auf Wahrheit, die durch einen etwaigen Gegenbeweis nicht wankend gemacht werden kann; so könnte freylich der Richter, der den Curator zu bestätigen hat, vielleicht wegen irgend eines eigenen *vitium*, (Tryphoninus hat sich darüber nicht näher erklärt, man denke sich also darunter, was man will, entweder einen eigenen Fehler des Richters, vielleicht eine schwache Seite, Begünstigung, oder vielleicht gar eigene verschwenderische Haushaltung, denn der griechische Scholiast braucht den Ausdruck *οἰκεῖον ἐλάττωμα*, *domesticum* vitium *) oder vielleicht einen ihm selbst aus der Prodigalitäts-Erklärung entstehenden Nachtheil,) den Sohn für einen zur eigenen Verwaltung seines Vermögens tüchtigen Menschen erklären. Denn das griechische Wort *ἐλάττωμα*, welches der Scholiast gebraucht hat, bedeutet eigentlich nach dem griechischen Lexikon soviel als Verkleinerung, Verringerung, Verlust [60]), von *ἐλαττόω deminuo, facio aliquem inferiorem*. Man könnte

*) S. z. B. Valer. Maximus Lib. III. cap. 5. §. 1. u. Heineccii Opusc. minor. pag. 57.

60) S. Schneiders Handwörterbuch der griech. Sprache, bearbeitet von Passow I. Bd. h. v.

also die Worte: *propter aliquod forte suum vitium* vielleicht auch so erklären, der Prätor möchte etwa den Sohn, wegen irgend eines vielleicht für ihn selbst daraus entstehenden Verlusts, oder Verkleinerung, oder Tadels, (denn auch das Wort *vitium* hat diese Bedeutung bey den Classikern[61]) die Bestätigung versagen, und den Sohn, um seiner eigenen Ehre willen, für idoneus halten. Allein das Wort *ἐλάττωμα* kommt bey den Griechen auch selbst in der Bedeutung von *vitium* vor[62]), und bezeichnet nicht nur einen physischen, sondern auch einen moralischen oder juristischen Fehler, wie z. B. die mala fides eines Besitzers, als Hinderniß der Usucapion. Man erkläre nun aber die Worte, wie man will, genug der Satz steht fest, die Obrigkeit muß den testamentarischen Curator des Vaters bestätigen, wenn der Sohn vero patris consilio

61) S. Scheller Lexic. voc. *Vitium*, und Ernesti in Clavi Ciceron. voc. *Vitium* sagt: Vitium dicitur, *quicquid in aliquo reprehendi potest, aut reprehenditur, sive iure, sive iniuria.*

62) So braucht Dionysius Halicarn. *Antiquit. Rom.* Lib. V. pag. 295. (edit. Sylburg. *Lipsiae* 1691. f.) den Ausdruck *ἐλάττωμα κατὰ τὴν ὄψιν*, *vitium oculi.* und Theophilus *Paraphr. gr. Inst.* Lib. I. Tit. 11. pr. sagt *τὸ ἐκ τῆς φύσεως ἐλάττωμα*, *naturae vitium.* Besonders wichtig aber ist die Stelle in Constant. Harmenopuli Προχειρον νομων s. *Promptuar. iuris.* Lib. II. Tit. I. §. 39. (in *Supplem. Thesaur. Meermann.* pag. 108.), wo es heißt: Τὰ ἐλαττώματα τοῦ τελευτήσαντος διαβαίνουσιν ἐπὶ τὸν κληρονόμον., i. e. vitia *defuncti ad heredem transeunt*, nämlich in Beziehung auf Usucapion. Vergl. damit *L.* 11. §. 2. *D. de public. in rem act. L.* 11. *D. de div. tempor. praescript. L.* 11. *C. de acquir. et retin. possess.* (VII. 32.)

für einen Verschwender erklärt worden ist, ohne daß es einer weitern Interdiction bedarf[63]).

Uebrigens findet bei der Confirmation eines testamentarischen Curators eben der Unterschied zwischen Vater und Mutter statt, wie bey der Bestätigung eines Tutors. Hat die Mutter ihren Kindern einen Curator im Testament bestellt, so wird dieser, eben so, wie ein von ihr bestellter Tutor, anders nicht, als nach vorhergegangener Untersuchung, bestätiget. So lehrt Neratius *libro III. Regularum*[64]).

Sed et si curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.

Die Bestätigung des Curators ist aber in jedem Falle so nothwendig, daß wenn ein Vater auch seinem noch unmündigen Kinde einen Curator im Testament gegeben hätte, derselbe doch durch ein Decret der Obrigkeit bestätiget werden muß, wenn gleich der Vater Soldat seyn sollte[65]). So lange die obrigkeitliche Bestätigung nicht erfolgt ist, darf auch der Curator weder wegen Ungehorsams, noch wegen Nachlässigkeit verantwortlich werden, wenn er sich etwa der Verwaltung nicht unterzogen hätte[66]).

63) Vergl. noch *L.* 7. §. 5. *C. de curat. furiosi vel prodigi.* (V. 70.) *L.* 27. *pr. C. de episcop. audient.* (I. 4.) und Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 236. S. 889.

64) *L.* 2. §. 1. *D. de confirm. tut.*

65) *L.* 40. *D. de admin. et peric. tutor.* S. den 29. Th. §. 1310. a. S. 275.

66) S. Donellus Comm. Lib. III. Cap. 10. §. 6.

§. 1390. d.

Cura legitima.

Hat der Vater keinen Curator im Testament gesetzt, so tritt

2) die cura *legitima* ein, jedoch nur bey furiosis und prodigis [67]). Daß schon die XII Tafeln einen furiosus unter die Curatel seiner Agnaten und Gentilen gestellt haben, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn Cicero [68]) hat uns das Gesetz selbst aufbehalten.

Si furiosus escit [69]), *agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.*

67) *L.* 13. *D. h. t. L. ult.* §. 6. *C. de curat. furiosi vel prodigi.* (V. 70.) *L.* 27. §. *Sin autem. C. de episcop. audient.* (I. 4.)

68) *De invention. rhetor.* Lib. II. cap. 50. *ad Herennium.* Lib. I. cap. 13. Man verbinde damit Cicero *Tusculan. Disputation.* Lib. III. Cap. 5. und *de Republica* Lib. III. Cap. 33. in fin. (edit. Moser. *Francof. ad Moen.* 1826. 8. pag. 402.) Varro *de Re Rust.* Lib. I. cap. 2. auch Paulus *L.* 53. *D. de Verb. Sign.* S. Dirksen Zwölf-Tafel-Fragmente S. 369. ff.

69) Die Anfangsworte dieses Fragments der XII Tafeln werden zwar von Cicero in den angeführten Stellen etwas abweichend bezeichnet. In der ersten Stelle *de inventione* heißt es: Si furiosus est, in der andern *ad Herennium:* Si furiosus existit; und in der dritten aus den *Tuscul. Disputat.* Si furiosus esse incipit. Die Lesart *Si furiosus escit* wird jedoch für die ursprünglich richtige gehalten. Vergl. Schütz Opera rhetor. Ciceronis. Orellius Oper. Ciceron. Vol. I. (*Turici* 1826.) pag. 190. Not. 16. und Heinr. Ed. Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Kap. 11. Tab. V. Fr. 7. S. 374.

Ob aber auch die 12 Tafeln zugleich vom **prodigus** gesprochen, und ob darin von der **cura prodigi** in einer Verbindung mit der **cura furiosi** die Rede gewesen, oder ob über die erstere eine eigne Vorschrift vorhanden gewesen, oder dieselbe blos die Prodigalitätserklärung betroffen habe, ist zweifelhaft. Diejenigen, welche das Gesetz der zwölf Tafeln allein auf die **cura furiosi** beschränken, haben freylich die angeführten Stellen des Cicero für sich [70]). Allein für die Verbindung beyder Curatelen in einem Gesetz streiten nicht unbedeutende Gründe. Sie wird nicht nur durch das überall sichtbare Bestreben der Decemvirn nach Kürze im Ausdruck und Fassung sehr unterstützt, sondern auch die juristischen Classiker setzen immer bey Anführung des Zwölf-Tafel-Gesetzes beyde Arten der Curatel mit einander in die engste Verbindung [71]). Es sind besonders folgende Stellen hier merkwürdig.

Ulpianus ***Fragm. Tit. XII.*** **§. 2. Lex duodecim Tabularum** ***furiosum, itemque prodigum,*** **cui bonis interdictum est, in curatione** ***iubet*** **esse agnatorum** [72]).

70) Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 239. schreibt deswegen die cura prodigi einer interpretativen Erweiterung Dessen zu, was in den XII Tafeln über die cura furiosi bestimmt war. Man vergleiche jedoch §. 432. Not. 4.

71) S. *Jac.* Gothofredi Notae brevis ad XII Tabb. Tab. V. (in *Thes. Jur. Rom. Ottonian.* Tom. III. pag. 170.) *Jo. Th.* Seger brevis curatum Historia §. 3. et 4. (*Opusculor.* Vol. I. pag. 112. sq.) Dirksen XII Tafel-Fragmente S. 379. und Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts 1. Bd. 2. Abth. §. 236. S. 887.

72) S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejustin. pag. 605. Schon das Wort *iubet* beweist, daß in den XII Tafeln

§. 3. *Inst. de Curationib.* (I. 23.) Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum *ex Lege duodecim Tabularum.*

L. 13. *D. h. t.* Gajus *libro III. ad Edictum provinciale.* Saepe ad alium *e lege duodecim tabularum* curatio *furiosi aut prodigi* pertinet, alii Praetor administrationem dat, scilicet cum ille *legitimus* inhabilis ad eam rem videatur.

Dahingegen ist kein genügender Grund vorhanden, den XII Tafeln eine eigene Vorschrift über Prodigalitätserklärung selbst zuzuschreiben. Ulpian sagt zwar *libro I. ad Sabinum* [73]):

Lege duodecim Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio: quod moribus quidem ab initio introductum est.

Allein indem Ulpian das Recht, einem Verschwender die eigene Verwaltung seines Vermögens zu untersagen, aus den moribus herleitet, deutet er ja damit an, daß dieses Recht älter, als die XII Tafeln sey. Denn so verschiedene Bedeutungen auch das ius *moribus* constitutum hat, so sind doch darin die Rechtsgelehrten einig, daß wenn ein Rechtsinstitut den moribus zugeschrieben wird, welches auch in den XII Tafeln seinen Platz hatte, unter *mores* ein solches Recht verstanden werde, welches schon

von der cura prodigi die Rede gewesen seyn müsse. S. *Jac.* Gothofredi Notae breves ad fragm. XII Tabb. Tab. V. in fin. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 171.)

73) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

unter den Königen galt [74]). Auch Paulus [75]) gedenkt der morum, wenn er sagt:

Moribus per Praetorem bonis interdicitur hoc modo: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis: ob eam rem tibi ea re* [76]) *commercioque interdico.*

Ob nun also wohl nicht zu läugnen ist, daß die cura prodigi, cui bonis interdictum est, schon vor den XII Tafeln bekannt war; so scheint doch die vom Paulus uns aufbehaltene Formel so alt nicht zu seyn, sondern ist vielleicht erst nach den XII Tafeln durch die römischen Rechtsgelehrten in dieser Gestalt ausgebildet worden, wie

74) *Ant.* Schulting ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. §. 7. Not. 15. (in *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 341.) hat dieses gegen *Janus a* Costa, und *Jo. Gottl.* Heineccius in Opuscul. minorib. (*Amstelod.* 1738. 8.) pag. 59. gegen Pagenstecher klar bewiesen. Man vergleiche auch *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. 3. pag. 753. und *Jo. Hier.* Hetzer Diss. ad Legem Laetoriam. §. III. Not. a. et b. (in *Dan.* Fellenberg *Jurispr. antiqua.* Tom. II. pag. 595.)

75) *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 4. A. §. 7.

76) Einige wollen *aere* lesen, wie auch wirklich einige Codices haben sollen. S. Hugo iur. civ. Antejustin. Tom. I. pag. 134. und Desselben Gesch. des röm. Rechts. S. 124. der 8. Aufl. Allein man vergleiche, was *Ant.* Schulting in Jurisp. vet. Antejust. pag. 342. Not. 24. sehr gründlich erinnert hat, welcher mit Bynkershoek Observat. Lib. III. cap. 21. die Worte ea re im Pluralis durch *iis rebus*, oder *iis bonis* erklärt.

auch Anton Schulting[77]) behauptet. Die Vorschrift der XII Tafeln ging also nicht auf die Prodigalitätserklärung selbst, sondern nur dahin, daß diejenigen, welche von der Obrigkeit für Verschwender erklärt worden sind, in der Curatel ihrer Agnaten und Gentilen seyn sollen, und mehr hat auch wohl Ulpian nicht sagen wollen. Denn eine Interdiction, quae *ipso iure* s. *a lege fit*, läßt sich gar nicht denken, sie ist immer eine Jurisdictions-Handlung. Denn ob Jemand wirklich ein Verschwender sey, dem die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt werden müsse, muß erst untersucht werden, weil dieses mehr in facto, als in iure beruht. Nur erst dann, wenn die Prodigalitätserklärung geschehen ist, können die Agnaten sich der Curatel unterziehen[78]). In Verbindung der darüber vorhandenen Quellen scheint also das hierher gehörige Gesetz der XII Tafeln nach seinem ganzen Umfange folgenden Inhalts gewesen zu seyn:

Si furiosus escit[79]), *aut prodigus*[80]), *cui bonis interdictum est*[81]), *ast ei custos nec escit*[82]),

77) Jurispr. Antejust. pag. 341. Not. 15.

78) S. *Ant.* Faber Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. 3. pag. 753. Besonders *Reinh.* Bachov ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. VI. Th. V. Lit. D. pag. 236. sq. und *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 3. J. de *Curat.* nr. 1.

79) Nach Orellii Lesart bey Cicero *Tusculanar. Disputation.* III. 5. (*Oper. Vol. IV. P. I.* pag. 297. *Turici* 1828.) Man sehe auch oben Not. 69.

80) §. 3. *J. de curationib. L.* 1. *L.* 13. *h. t.*

81) Ulpianus *Fragm. Tit. XII.* §. 2.

82) Diese Worte führt Sext. Pompej. Festus *Fragm. de Verbor. Signif.* voc. Nec an, um damit zu beweisen,

agnatorum gentiliumque[83]) *in eo pecuniave eius*[84]) *potestas esto*[85]).

coniunctionem *Nec* positam esse ab antiquis pro *Non*, ut et in XII. est: AST EI CUSTOS NEC ESCIT. Daß nicht, wie *Ant.* AUGUSTINUS glaubt, *nec esit*, sondern richtiger *nec escit* gelesen werden müsse, hat *Fulv.* URSINUS in Notis in S. Pomp. Festi fragm. pag. 11. edit. 1583. 8. gezeigt. Diese Lesart wird noch mehr durch die bey CUJACIUS Observation. Lib. VII. cap. 18. vorkommenden Beyspiele dieses alten Redegebrauchs bestärkt. Daß aber die vom FESTUS referirten verba legitima dem Inhalt des XII Tafel-Fragments über die Curatel angehören, hat *Jac.* GOTHOFREDUS ad legis XII. Tabular. fragmenta in notis brevib. ad Tab. V. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 172.) gezeigt, und sie so erklärt, daß diese Curatel wegfalle, wenn ein custos, d. h. ein Tutor für solche Personen da ist. Denn daß man diese Worte so verstanden habe, beweist eine Stelle aus Ulpians *libro XXXVII. ad Sabinum*, in welcher es *L.* 3. *pr. D. de tutelis* heißt: Lex duodecim tabularum ita accepta est, *ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.* Es ist auch bekannt, daß das Wort *custos* von den Alten für tutor gebraucht worden ist. S. HORATIUS *de arte poetic. v.* 161. PLAUTUS *Mercat. Act. I. Sc. I. v.* 91. Dahingegen kommen die Benennungen von *cura* und *curator* bey den ältesten röm. Gesetzgebern gar nicht vor, sondern sind eine spätere Erfindung der röm. Juristen. S. HETZER Diss. cit. §. III. not. g. Man vergleiche auch Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 432. Not. 4. S. 625. und Dirksen Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 376.

83) Wenn Paulus *L.* 53. *pr. D. de Verb. Signif.* sagt, das *Que* bey den Worten: AGNATORUM GENTILIUMQUE sey pro separatione zu nehmen, d. h. sey getrennt zu verstehen; so deutet diese Erklärung wohl unstreitig auf unser XII Tafel-Fragment hin, wie Dirksen S. 370. gezeigt hat.

Nach den 12 Tafeln ging jedoch die cura legitima nur auf solche prodigi, und warum nicht auch furiosi,

Nicht unbemerkt kann ich jedoch hierbey lassen, daß gerade das *Que*, welches Paulus hier erklären wollte, in mehreren Ausgaben z. B. bey Merlinus, Hugo a Porta, und mehreren andern, selbst in der Gebauerischen, und der neuesten Beckischen Ausgabe fehlt. Allein man hat, wie Cramer de Verbor. Significat. ad h. L. 55. pag. 27. not. 7. sehr richtig bemerkt hat, in dem Worte gentiliumque die Gemination des *Que* nicht beachtet. Man sehe auch Hugo Gesch. des röm. Rechts bis auf Justinian. S. 123. Not. 1. Z. 25. (der 8. Aufl.) und Pothier Pand. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 16. Nr. II. Not. b. pag. 637. Der *Gentilium* hat übrigens schon Ulpian in seinen Fragmenten Tit. XII. §. 2. nicht mehr gedacht, weil zu seinen Zeiten das Gentilitätsrecht schon nicht mehr im Gebrauche war. S. *Collat. LL. Mosaicar. et Roman. Tit. XVI.* §. 2. *et* 4. (in Schulting *Jurispr. Antejust.* pag. 794. et 798.) und Gajus *Instit. Comm. III.* §. 17. Daher erwähnt auch Justinian der Gentilen nicht.

84) In den aus Cicero angeführten Stellen heißt es zwar in eo pecuniaque ejus, allein sie sprechen alle blos von der cura furiosi. Daß den Agnaten eine potestas über den furiosus und dessen Güter beygelegt war, wird schon von *Cicero de Republica* Lib. III. cap. 33. als etwas Merkwürdiges hervorgehoben. Noch auffallender aber scheint es, wenn Cicero *Tusculanar. Disputation.* Lib. III. cap. 5. sagt: *Qui ita sit adfectus, eum* dominum *esse* rerum suarum *vetant XII Tabulae.* Daher sagt Ulpianus *L.* 7. §. 11. *D. Quib. ex causis in possess. eat.* (XLII. 4.) furiosi status et habitus a pupilli conditione non multum abhorret. Desto weniger aber konnte dem Curator prodigi eine potestas in eo gegeben werden, da dessen potestas sich blos auf das Vermögen (pecunia) beschränkt. S. Faber Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. 3. pag. 754. sq. Roß-

wenn gleich Ulpian[86]) ausdrücklich nur der erstern gedenkt? welche ihren Vater und zwar ab intestato beerbt hatten[87]). Denn bey Freygelassenen, da sie keine Agnaten hatten, oder wo bey den ingenuis die Agnaten nicht tüchtig waren, oder wo sonst das Gesetz nicht für die Curatel gesorgt hatte, wie z. B. im Falle eines Testaments, bestellte der Prätor den Curator[88]).

Hirt Grundlinien des röm. Rechts. §. 47. und den 4. Th. dieses Commentars §. 288. S. 56. f. Darum kann es wohl nicht, wie beym furiosus, *in eo pecuniaque eius*, sondern es muß in dem Fragment, wie GOTHOFREDUS hat, IN EO PECUNIAVE EIUS heißen.

85) Dem GOTHOFREDUS stimmen auch HEINECCIUS in Opuscul. minorib. pag. 69. und Antiquitat. Roman. Lib. I. Tit. 23. §. 2. und SEGER c. l. in *Opusc.* Vol. I. pag. 113. bey.

86) *Fragm. Tit. XII.* §. 3. (in *Ant.* SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 606.) A. Praetore constituitur curator, quem ipse Praetor voluerit, libertinis PRODIGIS, itemque ingenuis, *qui* EX TESTAMENTO *parentis heredes facti, male dissipant bona:* his enim EX LEGE curator dari non poterat: cum ingenuus quidem *non ab intestato*, sed *ex testamento* heres factus sit patri: libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. *Jac.* GOTHOFREDUS ad LL. XII. Tabb. bey OTTO Tom. III. Thes. pag. 106. behauptet auch, daß dieses ebenfalls bey den furiosis so gewesen sey.

87) Daher meint *Jac.* GOTHOFREDUS ad Legg. XII. Tabb. in Probationib. ad Tab. V. (*Th. Otton.* Tom. III. pag. 106.) nicht ohne Grund, daß das XII. Tafel-Fragment, welches von der Cura handelt, ein Theil von dem Fragment gewesen sey, welches von der Intestaterbfolge der Agnaten handelte. Man sehe übrigens den 29. Th. des Commentars §. 1321. S. 570. f.

88) Denn im Falle des Testaments war, gleich der legitima

§. 1390. e.

Ist die legitima cura in eine dativa verwandelt worden?

Man will behaupten, daß die cura legitima in der Folge in eine cura dativa sey verwandelt worden, und daß nach dem neuern römischen Rechte die Curatel blos auf obrigkeitlicher Anordnung beruhe, obwohl die Obrigkeit bey Ernennung des Curators die nächsten Verwandten zu berücksichtigen habe, wenn sie zur Curatel tüchtig sind[89]). So will man die Worte Ulpians deuten, wenn er *L. 1. pr. h. t.* sagt:

tutela, auch die cura legitima ausgeschlossen. Erst durch die Interpretatio Prudentum ward eingeführt, daß der tutor ex lege eintreten sollte, wenn der Vater zwar ein Testament gemacht, aber in Absicht auf Tutel ohne Testament verstorben war. §. 2. *J. de legit. agnat. tut.* Bey Kindern, deren Vater testirt hatte, so wie bey Freygelassenen, die auf keine Weise ihren Vater beerbten, galt aber die cura erst, als das Recht des Magistrats zur Ernennung von Dativvormündern anerkannt wurde. S. *Jo.* Cannegieter ad Domit. Ulpiani Fragmenta libri sing. Regular. Tit. 12. §. 3. de Curator. pag. 65. und Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 239. und §. 432. der 2. Aufl. Sollten aber vielleicht unter den ingenuis, *qui ex testamento parentis heredes facti sunt*, emancipirte Kinder zu verstehen seyn? Denn diese hatten so wenig, wie Freygelassene, Agnaten. Dieß ist Höpfners Ansicht im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 223. u. §. 224.

89) S. *Jac.* Cujacius in Notis ad Institut. Tit. de Curator. vv. *Sed Solent.* Besonders Desselben Recitation. solenn. ad Tit. 70. Libri V. Cod. de curat. fur. vel prodigi. *Hub.* Giphanius Comm. in Institut. ad §. 3. de Curator. *Ulr.* Huber Praelection. ad Institut. h. t. §. 6. *Herm.* Vultejus Comm. in Instit. ad §. Sed solent. h. t. *Ev.* Otto Comm. ad §. 3. J. h. t. nr. 4.

Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi.

Eben so die Stelle Justinians §. 3. *J. de curat.* wo es heißt: **Sed solent Romae Praefectus urbi, vel Praetor, et in provinciis Praesides ex inquisitione eis curatores dare.**

Allein Ulpian[90]) sagt ja ausdrücklich: **Curatores aut *legitimi* sunt: id est, qui *ex lege duodecim Tabularum* dantur: aut *honorarii*, id est, qui *a Praetore* constituuntur.** Soll also Ulpian nicht mit sich selbst im Widerspruche stehen, so müßte man ein **Emblema *Triboniani*** annehmen, welches jedoch Jacob. Gothofredus[91]) mit Recht verwirft. Denn auch Gajus unterscheidet ja eben so, wie Ulpian, in der schon oben aus *libro III. ad Edictum provinciale*[92]) angeführten Stelle zwischen einem solchen, dem **e lege duodecim Tabularum** die **curatio furiosi** oder **prodigi**

Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen. §. 223. Mackeldey Lehrbuch des heutigen röm. Rechts. §. 591. (der 8. Ausg.) Albr. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 431. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. IV. Buch. §. 416. der 3. Aufl. und Zöpfl Vergleichung der röm. Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft. §. 15.

90) *Fragm. Tit. XII. de Curator.* §. 1.

91) Ad fragmenta XII. Tabular. in Probat. ad Tab. V. Verb. PRODIGUS. (*Thes. Otton.* Tom. III. pag. 106.)

92) *L.* 13. *D. h. t.* Eben so unterscheidet Marcellus *L.* 12. *eod.* zwischen agnatus und alius curator.

gebührt, und dem, welchem der Prätor die Curatel überträgt. Gajus bemerkt aber auch zugleich, daß die cura dativa nur in dem Falle eintrete: scilicet *cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur*. Hierzu kommt, daß noch Kaiser Anastasius den emancipirten Geschwistern, nachdem er ihnen ein Intestaterbrecht gegeben hatte, die cura furiosorum fratrum et sororum, und zwar, wie er selbst sagt, *pro duodecim tabularum lege* übertragen hat: ne lucrum quidem antea indebitae successionis emancipato vel emancipatis deputasse, nihil vero de oneribus tutelae prospexisse videretur [93]). Ja, was noch das stärkste Argument ist, Justinian selbst hat nicht allein die Confirmation des testamentarischen Curators, sondern in dessen Ermangelung auch den Vorzug des legitimi curatoris, quem lex utpote agnatum vocaverit, ausdrücklich sanctionirt, so daß nur eo cessante, aut non idoneo forsitan existente, ein Curator ex iudiciali electione gegeben werden soll [94]). Ganz übereinstimmend mit dem, was oben Gajus sagte. Es scheint nun aber freylich durch die von Ulpian *L.* 1. *h. t.* gebrauchte particula adversativa SED *hodie solent*, das heutige Recht der Lex duodecim tabularum gegenübergestellt zu seyn, welches der Hauptgrund der entgegengesetzten Ansicht ist. Allein man sieht es nun aus der authentischen Interpretation des Kaisers Justinian recht deutlich, daß dieses nur von dem Falle verstanden werden kann, wenn die legitima cura nicht eintritt, wo denn freylich die Bestellung der

93) *L.* 5. *C. de curatore furiosi vel prodigi* (V. 70.)

94) *L.* 7. §. 6. *C. eodem. L.* 27. *C. de episcopali audient.* (I. 4.)

Curatel immer **ex inquisitione** geschieht, wie es in der Stelle der Institutionen heißt. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase bestärkt uns noch mehr in dieser Ansicht, wenn er sagt:

Ἀλλ' ἐν τῇ Ῥώμῃ ὁ τῆς πόλεως ἔπαρχος ἢ ὁ πραίτωρ, ἐν δὲ ταῖς ἐπαρχίαις οἱ ἄρχοντες διδόασι τοῖς μαινομένοις καὶ ἀσώτοις, **ex inqusitione,** *ἤτα ἐκ συζητήσεως, κουράτωρας· ἡνίκα μὴ ὕπεστιν ἀδύνατος, ἢ ὑπὼν ἀνεπιτήδειός ἐστι πρὸς διοίκησιν.*

Wo also die letzten Worte, welche Reitz übersetzt hat, *quando nullus est agnatus, aut qui est, administrationi non est idoneus*, das näher bestimmen, was Justinian hier nicht, aber in der *L.* 7. §. 6. *C. h. t.* deutlich ausgesprochen hat. Die Nothwendigkeit einer Untersuchung bey der **cura furiosi aut prodigi** führt nun besonders Ulpian *libro. I. de omnibus Tribunalibus*[95]) dem Prätor zu Gemüthe, wenn er daselbst sagt: **Observare Praetorem oportebit, ne cui temere** *citra causae cognitionem plenissimam* **curatorem det, quoniam plerique vel furorem, vel dementiam fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent.** Eine solche Untersuchung war nöthig, auch selbst wenn die **cura legitima** eintreten sollte. Denn ehe sich die Agnaten der Curatel unterziehen konnten, mußte doch gewiß seyn, ob der, welcher nach dem Gesetz unter ihre Curatel gestellt werden sollte, wirklich **prodigus** oder **furiosus** sey. Die Agnaten könnten ihn ja nur dafür ausgeben, um ihn zu hindern ein Testament

95) *L.* 6. *D. h. t.*

zu machen[96]). Man mußte auch wissen, ob Agnaten vorhanden, und diese auch zur Führung der Curatel tüchtig waren, denn nur in deren Ermangelung bestellte die Obrigkeit den Curator. Dieser Untersuchung ungeachtet, blieb dennoch der nächste dazu geeigenschaftete Agnat der **legitimus curatar**[97]). Nachdem Justinian bey der Intestaterbfolge den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben hat, so ist nun die **cura legitima,** eben so, wie die **legitima tutela**, auch auf die Cognaten zu erstrecken. Die Curatel über den **furiosus** oder **prodigus** gebührt nun dem nächsten zur Uebernehmung derselben tüchtigen Verwandten, ohne Unterschied, er sey Agnat, oder blos Cognat[98]): Als nächster Erbe muß er

96) Ein solches Beyspiel hat Plautus in *Menaechmeo* Act. V. Sc. 2. v. 75—90.

97) S. *Hug*. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 8—10. *Theod.* Marcilius ad §. 3. J. de Curat. bey *Jan. a* Costa Comm. ad Institut. pag. 120. (edit. *Jo.* van de Water *Lugduni Batav.* 1719. 4.) *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 21. pag. 555. sq. *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 3. J. de Curat. ad vv. *Sed solent. Jo. Hieron.* Hetzer Diss. ad Legem Laetoriam. §. III. Not. i. (in Fellenberg *Jurispr. antiq.* Tom. II. pag. 597. sq.) Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Bd. §. 509. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 340. Siegm. Wilh. Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts bis Justin. 1. B. 2. Abth. §. 236. S. 889. f.

98) S. Donellus cit. loc. §. 10. Vol. II. pag. 237. In der *Nov. CXVIII. Cap.* 5. ist zwar nur von der ἐπιτροπὴ die Rede, welche, wie auch Zimmern a. a. O. §. 236. a. E. S. 890. bemerkt hat, von der κηδεμονία unterschieden wird *Nov. LXXII. cap.* 3. Allein daß diese Ausdrücke, wo nicht gerade von der tutela und cura zugleich die Rede

aber auch die Curatel übernehmen. Denn die Regel: *ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet*, findet auch bey der **cura legitima** Statt [99]), obwohl freylich der Grund, daß weder ein **furiosus** noch **prodigus** testiren kann [100]), nicht immer Platz greift [1]).

§. 1390. f.

Cura dativa s. honoraria.

Ist kein **legitimus curator** vorhanden, oder dieser

ist, von Justinian willkührlich und als gleichbedeutend gebraucht werden, ist schon an einem andern Orte, (Th. 30. §. 1329. S. 160.) von mir bemerkt worden. Da nun das Intestaterbrecht mit der cura legitima eben so genau, wie mit der legitima tutela, zusammenhängt, und aller Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Ansehung derselben (*Nov. CXVIII. cap.* 4.) aufgehoben seyn solle; so wäre es ja sonderbar, wenn derselbe gerade bey der cura legitima noch Statt finden solle, und räthselhaft, warum gerade die Agnaten die Last der Curatel tragen, die Cognaten aber, wenn sie gleich die nächsten Erben des Curanden wären, von dieser Last frey seyn sollten. Man denke an die Verordnung des K. Anastasius *L.* 5. *C. de Curat. fur.* Auch schon Ulpian rechnet es ja *L.* 4. *h. t.* zur pietas parentibus debita, daß der Sohn furiosae matris curationem übernehme, der doch gewiß kein Agnat seiner Mutter ist, wohl aber derselben nach dem damaligen Erbfolge-Rechte ex Senatusconsulto Orphitiano succedirte.

99) *L.* 5. *C. h. t.* S. Hetzer Diss. ad L. Laetor. §. III.

100) §. 1. *et* 2. *J. Quib. non est permissum fac. testam.* (II. 12.) *L.* 18. *D. Qui testam. fac. poss.* (XXVIII. 1.)

1) Wie wenn der furiosus, ehe er in diesen Gemüthszustand verfiel, oder der prodigus vor der Interdictio bonorum testirt hätte? S. §§. 1. *et* 2. *J. citt.* oder der furiosus während eines lichten Zwischenraums testirt? oder der eine, oder der andere Kinder hat?

zur Verwaltung unfähig, so wird, besonders auch in solchen Fällen, von welchen das Gesetz der XII Tafeln nicht sprach,

3) ein Curator von der Obrigkeit aus eigner freyer Wahl (quem ipse Praetor voluerit) bestellt[2]). Ein solcher Curator wird von Ulpian[3]) *honorarius*, von Modestin[4]) aber *dativus* curator genennt, und es ist wohl mehr der Sitte und dem Prätor, als einer lex zuzuschreiben, daß dem wirklichen furiosus und prodigus, in den Fällen, wovon das Gesetz der XII Tafeln nicht sprach[5]), und, ohne Rücksicht auf einen curator legitimus, jedem, in welchem die causae cognitio solche physische oder geistige Mängel gefunden hatte, welche ihn zur eignen Verwaltung seines Vermögens unfähig machten, wenn er gleich schon über 25 Jahre alt wäre, ein Curator vom Prätor in Rom, und den Statthaltern in den Provinzen nach vorgängiger Untersuchung gegeben werden sollte[6]). Daher heißt es §. 4. *J. h. t.* nachdem Justinian in dem vorhergehenden Paragraphen von der cura legitima gehandelt hatte, und nun die Fälle anführt, wo ein curator dativus zu bestellen ist:

2) S. den 29. Th. dieses Commentars. §. 1321. S. 471. ff.

3) *Fragm. Tit. XII.* §. 1.

4) *L. 7. D. Rem pupilli.* (XLVI. 6.)

5) So sagt z. B. Cicero *Tuscul. Disputat.* Lib. III. cap. 5. Non est scriptum (in XII Tabulis): *Si insanus*, sed: *Si* furiosus. Daher trat im ersten Falle die cura honoraria ein.

6) *L. 8. §. 3. L. 12. pr. D. de tutor. et curator. dat. L. 1. 2. 6. 15. pr. h. t. L. 1. C. h. t.* S. den 29. Th. des Commentars a. a. O. S. 471.

Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

In Rücksicht der zur Bestellung der Curatoren competenten Behörden hatten ganz dieselben Grundsätze Statt, welche bey der Tutel oben **Lib. XXVI. Tit. 5.** [7]) vorgekommen sind. Justinian sagt es selbst **§. 1.** ***J. h. t.***

Dantur autem curatores ab iisdem Magistratibus, a quibus et tutores.

Er nennt **§. 3.** den **Praefectus urbi** und den Prätor für Rom, für die Provinzen die **Praesides**, jedoch, wie er in einem andern Gesetz [8]) noch hinzufügt, mit Zuziehung des Bischofs und **3** Primaten.

Es giebt also wirklich drey Arten der **Cura** eine ***testamentaria, legitima*** und ***honoraria*** oder ***dativa.*** Merkwürdig ist es, daß es nach der ***Nov. CXVII. c.*** **1. §. 1.** einem Jeden erlaubt ist, in seinem Testamente einen Curator für das Vermögen zu bestellen, welches er einer minderjährigen, und also auch wohl einer andern Person hinterlassen hat, welche es nicht selbst verwalten kann [9]).

§. 1390. g.

Wer bekommt einen Curator?

Wenn unter der **tutela aetatis** nur **Impuberes** stehen können, welche **sui iuris** sind, so kommt es dagegen

4) bey der Cura auf die Persönlichkeit des Curanden gar nicht an, sondern dieser können, ohne Unter-

7) S. den **29.** Th. S. **400** ff.

8) ***L. ult. §.*** 5. ***C. de curat. fur. vel prodigi.***

9) S. Voet **Comm. ad Pand. h. t. §. 2.**

schied des Alters, sie mögen **impuberes**, **puberes**, oder **maiores** seyn, auch ohne Rücksicht auf **patria potestas**, alle unterworfen seyn, welche zur eigenen Verwaltung ihrer Angelegenheiten unfähig, oder daran gehindert sind. Die Curatel kann daher in Ansehung der Personen, welche derselben unterworfen sind, von sehr verschiedener Art seyn.

I. Die *cura* über Unmündige. Es kann nämlich nicht nur einem Unmündigen, der schon einen Tutor hat, in gewissen Fällen, welche an einem andern Orte[10]) angeführt worden sind, ein Curator gegeben werden; sondern auch einem solchen Unmündigen, der noch keinen Tutor hat, obwohl freylich in solchen Fällen, wo der Pupill wegen der **solemnitas iuris** selbst handeln muß, die Unvollständigkeit seiner Person nicht schon durch den nur ein Hinderniß beseitigenden Consens des Curators ergänzt werden kann, sondern ein Tutor ernannt werden muß, in dessen Begleitung ein Selbsthandeln des Pupillen nur durch die ergänzende Kraft der stärkern Auctoritas eines Tutors möglich ist. Dieß ist es, wenn Paulus *libro IX. Responsorum*[11]) sagt:

Curatorem etiam *impuberi* dari posse: sed ad ea, quae *solemnitatem iuris* desiderant, explicanda, *tutore auctore* opus est.

Von einem solchen Curator, dem von Anfange an die Administration des Vermögens eines Unmündigen übertragen worden, ist auch Ulpian zu verstehen, wenn er *libro XXXVI. ad Edictum*[12]) sagt:

10) S. den 29. Th. des Commentars §. 1302. S. 125—153.

11) *L.* 19. *D. de auctoritate et cons. tutor. et curat.* Vergl. auch *L.* 17. §. 1. *D. de appellat.* (XLIX. 1.)

12) *L.* 9. §. 9. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.*

Qui datus est simpliciter tutor *pupillo* vel *curator*, si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur: quamvis soleat ad augmentum dari curator.

Hiermit stimmt denn auch die Vergleichung überein, welche Hermogenian *libro I. iuris Epitomarum* 13) zwischen einem *curator* **furiosi, itemque prodigi,** *pupillive* mit einem bloßen **Curator bonorum ventrisque** anstellt, wenn er jenen eine **plena rerum administratio,** den beyden letztern aber eine **sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio** zuschreibt 14).

II. Die Cura über Minderjährige. Da von dieser schon an mehreren Orten gehandelt worden ist, so bleibt sie hier, wie auch schon die Rubrik dieses Titels andeutet, ausgeschlossen.

III. Die Cura über Rasende und Wahnsinnige. **Cura** *furiosorum* und *mentecaptorum* **s.** *insanorum*. Beyde waren darin unterschieden, daß jene in der Regel eine **legitima,** diese aber eine **dativa** war. Diese Curatel setzt jedoch immer eine vorgängige genaue, mit Zuziehung von zwey verpflichteten Aerzten anzustellende Untersuchung über den Gemüthszustand des für wahn- oder blödsinnig angesprochenen Subjects, welche auf den entweder von Seiten der Verwandten desselben, oder von Seiten der Polizei geschehenen, und durch bestimmte und hinlänglich bescheinigte Angaben von Thatsachen begründe-

13) *L.* 48. *D. eodem.* S. *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo Hermogenian. ad h. L. pag. 264—269.

14) S. von Löhr von der Cura über Unmündige; (im Magazin für Rechtswissensch. und Gesetzgebung. 3. B. 4. Heft. Nr. XIII. S. 433—454. und Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 431. S. 623. f. (der 2. Ausg.)

ten Antrag veranlaßt worden, und eine auf den Grund dieser Untersuchung ausgesprochene Wahn- oder Blödsinnigkeitserklärung des competenten, d. h. des ordentlichen persönlichen Richters voraus[15]). Solange jedoch der Curand noch seines Alters wegen einen Vormund hat, kann keine von beyden eintreten, denn es kann eigentlich nur dann erst davon die Rede seyn, wenn der Wahnsinnige über 25 Jahre alt ist. An einen Unterschied, ob der Wahnsinnige **minor** oder **maior XXV. annis** sey, dachten wohl freylich die Zwölf-Tafel-Gesetze noch nicht[16]); allein durch eine Verordnung des Kaisers Antoninus Caracalla, nicht Marcus Antoninus[17]), ward sanctionirt, was vermuthlich schon durch die Interpretation eingeführt war, daß bey einem verstandlosen Minderjährigen, eben so wie bey einem solchen Pupillen, mehr das Alter, als der Wahnsinn berücksichtiget, und also der Curator dem Minderjährigen **non ut furioso**, sondern **ut adolescenti** gegeben werden solle. So belehrt uns hierüber Ulpian *libro XXXVII. ad Sabinum*[18]):

15) S. Lotz civilistische Abhandlungen. (Coburg und Leipzig 1820. 8.) S. 217 ff.

16) S. Hugo Rechtsgesch. S. 123. der 8. Aufl. und *Jac.* Oiselius ad *Gaji* Epit. Institut. Lib. I. Tit. 8. not. 7. (in Schulting *Jurispr. Antejust.* pag. 67.).

17) S. *Ant.* Schulting ad *Gaji* Epit. Institution. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. pag. 67.

18) *L.* 3. §. 1. *D. de tutelis.* *Ant.* Faber in Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 6. pag. 685. sqq. hat hier nichts als Ungereimtheiten und Tribonianismen finden wollen. Allein *Franc. de* Amaya Observation. iuris Lib. I. Cap. 8. pag. 51—55. (*Genevae* 1633. 4.) hat mir die Mühe erspart, diese Grille des großen Fabers

Quia autem in pupillorum persona agnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, *curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum:* et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subiicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem: et ita Imperator Antoninus Augustus rescripsit: *cum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.*

Die vom Ulpian hier angeführte Constitution des Kaisers Antoninus ist vielleicht die nämliche, welche im Coder *L.* 1. *h. t.* (V. 70.) folgendermaßen lautet:

Curatores impleta legitima aetate prodigis vel furiosis solent tribui. PP. IV. Kal. August. Messala et Sabino *Cons.* 215.

Daß bey einem minderjährigen Wahnsinnigen das Alter entscheiden mußte, war auch ganz consequent, nachdem die **cura minorum** einmal eingeführt war, und da diese **cura** erst nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen eingeführt wurde; so ist auch begreiflich, warum nach denselben es nicht darauf ankommen konnte, ob der **furiosus minor**, oder **maior XXV. annis** sey. Es ist aber auch der Unterschied nicht unbedeutend, indem die **cura minorum** sich erst mit dem 25sten Jahre, die **cura furiosi** aber sich endiget, sobald der **furiosus** den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat. Ist ihm nun der Curator seines minderjährigen Alters wegen gegeben, so dauert die Curatel fort, bis der Pflegbefohlne die Großjährigkeit erreicht

zu widerlegen, die auch schon *Osw.* Hilliger in *Donello* enucleato Lib. III. Cap. 18. Lit. C. pag 164. gerügt, aber nicht so, wie Amaya, widerlegt hatte.

hat, wenn ihn auch der Wahnsinn schon früher verlassen hätte; sie hört aber auch auf mit dem Eintritt der Großjährigkeit, wenn gleich der Großjähriggewordene noch fortwährend wahnsinnig bliebe. Es tritt nun die **cura furiosi** oder **mente capti** ein [19]). Bey der **cura aetatis** bedarf es auch keiner weitern Untersuchung des Gemüthszustandes, welche hingegen bey der **cura furiosi** erfordert wird [20]).

IV. Die Cura über Verschwender. Daß darunter diejenigen verstanden werden, welchen wegen ihrer verschwenderischen Lebensart die eigene Verwaltung ihres Vermögens von der Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung untersagt worden ist, leidet keinen Zweifel. Nur von diesen ist auch hier die Rede [21]). Wenn nun aber die

19) S. *Hug.* Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 12. (Vol. II. pag. 226. edit. *Norimb.* 1805. 8.) Eine ganz verkehrte Ansicht hat *Ant.* Faber in Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 14. pag. 775.

20) *L.* 6. *D. h. t.* S. Voet Comm h. t. §. 2. (propius a fine.)

21) S. *Aug. a* Leyser de prodigis, in *Meditat. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCXLIX. pag. 573—576. *Ern. Christ.* Westphal Resp. Quid requiratur, ut pro prodigo quis declarari possit? in Desselben Rechtsgutachten Nr. 2. S. 226—235. Fried. Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. Giessen und Darmstadt 1803. 8. *R. J. U. de* Wael Diss. de prodigis. *Groening.* 1806. 4. *G. Th. J.* Wickerlink Diss. de cura prodigorum secund. princip. iur. Rom. et hod. *Lugd. Batavor.* 1821. 4. und F. C. Gesterding Cura prodigi, in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. 1. Th. (Greifswald 1826. 8.) Nr. II. S. 47—70.

Frage entsteht: Wer wegen seiner unwirthschaftlichen Lebensart gerichtlich für einen Verschwender erklärt werden könne? so beantwortet Ulpian[22]) dieselbe auf folgende Art:

Si Praetores vel Praesides talem hominem invenerint, ***qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit.***

So verschieden nun auch diese Worte Ulpians erklärt werden, so ist doch so viel gewiß, daß nicht jeder schlechter Haushalter, auch nicht jeder, der sich dem Spiele, oder Trunke ergeben hat, sogleich für einen Verschwender erklärt, und unter die Curatel gesetzt werden könne. Denn auf diese alle paßt der Begriff Ulpians nicht. Dieser geht auf übermäßigen Aufwand, der mit der Größe des Vermögens und dem Einkommen dessen, der ihn macht, in keinem Verhältniß steht, und daher, wenn ihm nicht Einhalt gethan wird, zur Verarmung führen muß[23]), oder, wie Westphal[24]) sich ganz richtig ausdrückt, wenn Jemand mehr ausgiebt und verthut, als er nach seiner Einnahme thun kann, so ist er für einen Verschwender zu halten, der unter die Curatel zu setzen ist. Die Prodigalitäts-Erklärung geschieht von dem ordentlichen Richter des Verschwenders[25]), und auch diese darf eben so wenig, als eine Wahn- oder Blödsinnigkeitserklärung, von richterlichen Amts wegen ohne vorgängigen Antrag der nächsten

22) *L. 1. pr. D. h. t.*

23) Gesterding angef. Abhandl. §. 2. S. 55. ff.

24) Rechtsgutachten. 1. B. h. t. §. 1. S. 146.

25) S. Hoppe angef. Versuch. §. 7.

Verwandten des angeblich verschwenderischen Hauswirths, oder von Seiten der Polizey geschehen, welcher durch eine bestimmte Angabe von speciellen Thatsachen einer verschwenderischen Wirthschaftsführung begründet seyn muß. Nur erst dann, wenn bey einer sorgfältigen Untersuchung die angegebenen Thatsachen als wahr befunden worden, und der als Verschwender angegebene bey seiner Vernehmung, welche hier schlechterdings nöthig ist, zur Rechtfertigung der ihm zur Last gelegten Thatsachen etwas Erhebliches anzuführen nicht im Stande gewesen, kann er in einem sofort zu ertheilenden Erkenntnisse für einen Verschwender erklärt, und ihm ein Vormund bestellt werden [26]), ohne Unterschied, das Individuum sey eine Manns- oder Frauensperson [27]). Denn Paulus sagt *libro III. Sententiarum* [28]):

Et mulieri, quae luxuriose [29]) vivit, bonis interdici potest.

26) S. Lotz civilistische Abhandlungen. Nr. VI. §. 10. ff. S. 222. ff. Auch bey Prodigalitätserklärungen findet jedoch das Rechtsmittel der Appellation Statt. S. Lotz §. 17. S. 227. ff. Man vergleiche noch vorzüglich die allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten. Tit. 38.

27) Voet Comm. h. t. §. 12. und *Jo. a* Sande de prohib. rerum alienat. P. II. Cap. 2.

28) *L.* 15. *D. h. t.*

29) Das Wort *luxuriose* will zwar *Jac.* Cujacius ad *Julii Pauli* Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. §. 6. durch libidinose et turpiter erklären, und also dieses Gesetz von einer meretrix verstehen. Allein das Wort *luxuria* wird von den Classikern im recht eigentlichen Sinne von der prodigalitas gebraucht, wie *Guil.* Fornerius Selection.

So lange nun die Prodigalitätserklärung nicht erfolgt ist, sind noch alle die von dem Verschwender sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall vorgenommene Rechtshandlungen gültig, und können nicht angefochten werden [30]), während die Handlungen eines Wahnsinnigen nichtig sind,

Lib. II. Cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 51.) und *Eman. Soarez a* Ribeira Observation. iuris Lib. I. Cap. 5. (in *Thes. Meermann.* Tom. V. pag. 568.) aus vielen Stellen der Alten bewiesen haben. *Mulier, quae* luxuriose *vivit*, ist also keine Hure, sondern eine solche Frauensperson, quae *profuse* vivit, quae vitam prodigam agit, foemina patrimonii decoctrix, eine Verschwenderin, wie *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Sed praeter furiosos* (*Opp.* Tom. II. pag. 589.) *Ant.* Schulting ad dict. locum *Pauli* Not. 14. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 340.) Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. d. und *Bav.* Voorda Thes. controvers. Decad. XXVIII. Th. 7. dieses Gesetz richtiger erklärt haben.

30) §. 2. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* (II. 12.) Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten der Meinung, daß dem Verschwender, als solchem, gegen die Contracte, die er vor der Prodigalitätserklärung geschlossen hat, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden könne, weil der Verschwender in den Gesetzen einem Minderjährigen gleichgeachtet werde. *L.* 19. *in fin. D. de rebus auctor. iud. possid.* *L.* 3. *C. de in int. restit. minor.* S. Fachinaeus Controv. Op. Lib. II. cap. 68. Allein diese Meinung ist ungegründet. Die angeführten Gesetze reden von einem Verschwender, dem die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt ist. Sie wird daher mit Recht verworfen. S. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. I. Cap. 29. §. 4. sqq. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 22. Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. §. 5. S. 49 f.

wenn ihm auch gleich noch kein Curator gegeben worden ist [31]). Anderer Meinung ist zwar freylich Hugo Donellus [32]). Er will in Hinsicht auf die Fähigkeit zur Verwaltung des Vermögens keinen Unterschied zwischen einem Verschwender und Wahnsinnigen Statt finden lassen. So wie also die Handlungen eines Wahnsinnigen nichtig sind, auch ehe demselben ein Curator gesetzt worden ist, eben so auch die Handlungen eines Verschwenders, weil ihm schon deswegen allein, weil er Verschwender ist, das Gesetz die eigene Verwaltung seines Vermögens untersage, ohne erst durch ein obrigkeitliches Decret für einen Verschwender erklärt zu seyn. Ulpian sage dieses ganz bestimmt *L.* 1. *pr. D. h. t.* LEGE *duodecim Tabularum* **prodigo interdicitur bonorum suorum administratione**; und in einer aus eben dem *Libro I.* **ULPIANI** *ad Sabinum* genommenen Stelle, nämlich *L.* **18.** *pr. D. Qui testam. facere poss.* heiße es in Beziehung auf die Testamentifaction: **Is,** *cui* **LEGE** *bonis interdictum est*, **testamentum facere non potest, et si fecerit,** *ipso iure* **non valet.** In beyden Stellen werde **ex professo** von der Interdiction gehandelt, und diese nicht der Obrigkeit, sondern ausdrücklich dem Gesetz allein zugeschrieben. Denn *lege interdici* könne nicht anders verstanden werden, als *lege sola* **interdici, nec** *Praetoris interdictionem* **desiderari.** Wenn also Justinian §. **2.** *J. Quibus non est permiss. facere testam.* sage: **Item prodigus, cui bonorum suorum administratio inter-**

31) **S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.** und *Jo. a* **SANDE de prohibita Rer. alienat. P. II. Cap. I. §. 3. et 15.**

32) **Comment. ad Tit. Dig. de Verbor. Obligat. ad L. 6. h. t. pag. 55. sqq.** (*Francof.* **1599. f.)**

dicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod ante fecerit, quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est; so sey der Beysatz: ***cui bonis interdictum est***, nicht zum Unterschiede beygefügt, als ob es einige Verschwender gebe, denen die Verwaltung ihres Vermögens untersagt ist, und andere, denen sie nicht untersagt ist, sondern die angeführten Worte seyen nur zur Erläuterung und gleichsam als ein Grund beygefügt, warum der Verschwender nicht testiren könne. Der Sinn sey also nur der: **prodigus, *ut cui bonorum suorum administratio interdicta est***, oder ***quandoquidem ei bonorum suorum administratio interdicta est*, testamentum facere non potest**; und die folgenden Worte: **Sed id, quod ante fecerit, etc.** seyen nun so zu erklären: **Sed id, quod ante fecit prodigus, id est, *is, qui nunc prodigus est, et cui ob id est bonis interdictum*, id, inquam, quod ante fecit, quam ei fieret bonorum interdictio, id est, *quam vere esset prodigus*, ratum est.** Das Resultat seiner Meinung geht also dahin: jeder natürliche Verschwender, auf den der Begriff eines Verschwenders paßt, sey auch **eo ipso**, in Absicht auf die rechtlichen Wirkungen, nach dem Geist der Gesetze schon ein juridischer Verschwender, wenn er auch gleich noch durch kein obrigkeitliches Decret dafür erklärt worden ist. Ich übergehe gern die Gründe, die Donellus noch für die Billigkeit seiner Meinung mit einer unnöthigen Ausführlichkeit hinzugefügt hat, denn es scheint mir ganz auf sie zu passen, was Virgil sagt:

— — *animum pictura pascit inani.*

Hat denn der große Rechtsgelehrte nicht eingesehen, daß ein blos natürlicher Verschwender, dem die eigene Ver-

waltung seines Vermögens nicht von der Obrigkeit untersagt, und unter die Curatel gesetzt worden, ein juristisches Unding ist? Und die Gesetze selbst sollten ein solches Unding geschaffen haben? Der Begriff von Verschwendung ist ja bekanntlich ein sehr relativer; für den Einen ist diese Ausgabe eine Verschwendung, für den Andern ist sie nach der Größe seines Vermögens ein gewöhnlicher Luxusartikel. Es kommt also alles auf den Vermögens-Etat des Individuums an, welches der Verschwendung verdächtig ist. Die Beurtheilung aber, ob dieses Individuum juristisch für einen Verschwender zu erklären sey, kann ja kein Act der gesetzlichen, sondern nur der richterlichen Reflexion seyn. Also nicht das Gesetz selbst kann einen Menschen für einen Verschwender erklären, sondern nur den Richter berechtigen, denjenigen, auf den nach der bisherigen Führung seines Haushalts der Begriff eines Verschwenders paßt, die eigene Verwaltung seines Vermögens zu untersagen. Und welche Behutsamkeit hat nicht auch hier der Richter zu beobachten nöthig, um nicht durch ein vorschnelles Verfahren einem Menschen an seiner Ehre und Credit zu schaden? Denn Jemandem aufs Gerathewohl die Verwaltung seines Vermögens zu entziehen, ist ein gewaltsamer Eingriff in die Freyheit und das Eigenthumsrecht des Staatsbürgers. Der Richter, der hier, ohne sich genau informirt zu haben, verfährt, würde sich offenbar einer Injurienklage aussetzen. Mann lasse sich doch ja nicht täuschen, als ob die Gesetze gegen diese vernünftige Ansicht Etwas sanctionirt hätten. Nein, wenn das Gesetz dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens untersagt, wie es in den oben angeführten Stellen heißt; so will es ja auch natürlich, daß die Verwaltung desselben einem Andern übertragen werde, das heißt, es

muß ihm ein Curator gesetzt werden. Diesen hat nun entweder das Gesetz selbst berufen, wie z. B. die Agnaten und nächsten Verwandten, wenn sie dazu tüchtig sind, welche denn auch zuvörderst für die Prodigalitäts-Erklärung zu sorgen haben; oder der Richter setzt den Curator, nach vorgängiger genauer Untersuchung der Sache, selbst. LEGE *prodigo interdicitur bonorum suorum administratione*, heißt also nicht, *lege ipsa*, *lege sola prodigo bonis* **interdicitur**, *auctoritate iudicis* **vel non accedente**; denn alsdann behielte ja der Verschwender nach wie vor die Verwaltung seines Vermögens, und könnte so, wie bisher, fortwirthschaften, bis er sich zum Bettelstabe herabgewirthschaftet hätte; wer möchte dem Gesetz einen solchen Unsinn beylegen? sondern es heißt *lege permittente* **prodigo interdicitur a magistratu bonorum suorum administratione.** Daß dieses aber auch der wahre Sinn der Gesetze sey, erscheint ganz klar aus folgenden Gesetzstellen.

L. **12.** §. **2.** *D. de tutoribus et curat. dat.* **ULPIANUS** *libro III. de officio Proconsulis.* **DIVUS PIUS matris querelam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec verba:** *Non est novum, quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos consilio regat; nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.*

L. **10.** *D. h. t.* **ULPIANUS** *libro XVI. ad Edictum.* **JULIANUS scribit, eos,** *quibus per Praeto-*

rem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, *quia in bonis non habeant*[33]), *cum eis deminutio sit interdicta.*

Die Gesetze halten es also für billig, für diejenigen zu sorgen, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. Würden sie aber wohl ihren Zweck erreichen, wenn man sie so verstehen wollte, daß ihre Interdiction allein hinreichend sey, ohne dem Verschwender einen Curator zu setzen, der durch Verwaltung des Vermögens der Verschwendung desselben Einhalt thut? Und setzt denn nicht Julian den Grund,

33) Vielleicht ist das eben so zu verstehen, als wenn Cicero *Tuscul. Disputation. Lib. III. cap.* 5. vom furiosus sagt: Qui ita sit affectus, eum *dominum* esse rerum suarum vetant duodecim Tabulae; welches nicht so viel heißt, als ob der furiosus aufhöre Eigenthümer seiner Güter zu seyn, sondern er könne nur, so lange er in diesem Zustande der Raserey sich befindet, sein Eigenthum nicht selbst ausüben. Daher glaubt *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Eius vero* (Opp. Tom. II. pag. 590.) es müsse vielleicht richtiger heißen: quia *ius* in bonis non habeant. Ein Fehler, der vielleicht ex Siglis, quia J. in bonis non habent, welches von dem Abschreiber übersehen worden, entstanden seyn könne. Noch leichter aber hat vielleicht das *ius* übersehen werden können, wenn man mit Bynkershöck in der Gebauerischen Ausgabe liest: quia in bonis *ius* non habeant. Doch meint auch Bynkershöck, es ließe sich gewissermaßen sagen, prodigum nihil habere in bonis, nämlich in Rücksicht der Dispositions-Fähigkeit, weil ein Verschwender nicht veräußern kann, welches doch eine vorzügliche Eigenschaft des Eigenthums ist. So versteht diese Stelle auch Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. b. pag. 166. Daher lesen auch mehrere Ausgaben z. B. Baudoza, und Merlinus: quia in bonis *nihil* habent.

warum ein Verschwender nicht veräußern kann, ausdrücklich darin, weil ihm die Verminderung seines Vermögens vom Prätor untersagt worden ist? Nun denke man sich noch, welch einer zahllosen Menge von Prozessen, ja welchen Betrügereyen der Weg gebahnt werden würde, wenn man die Meinung des großen **Donellus** in der Praxis geltend machen wollte. Ja könnte nicht auch Habsucht, Neid, und Bosheit hier eine reiche Quelle entdecken und benutzen, dem Credit eines ehrlichen Mannes zu schaden? Gründe genug, daß Niemand, der sui iuris ist, in der freyen Disposition über sein Vermögen gestört werden dürfe, so lang ihn nicht der Richter nach reiflicher Ueberlegung förmlich für einen Verschwender erklärt hat. Es ist nun auch fast nicht mehr zu bemerken nöthig, daß in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten häufig dem Gesetz zugeschrieben wird, was doch nothwendig einen Richterspruch erfordert [34]). Sehr richtig urtheilte schon einer unserer angesehensten Practiker, **David Mevius** [35]), wenn er sich hierüber folgendermaßen erklärt hat.

Lex in genere administrationem bonorum prodigis adimit, et, ut singulis auferatur, sua vi effecit, unde ei, tanquam primae et mediatae causae, tribuitur. Cum autem, quis prodigus sit, in individuo Lex demonstrare non valeat, sed pro variis personarum, temporum, rerum, eventuum locorumque circumstantiis id varie definiendum, et indignum, pri-

34) *L. ult. D. ad L. Corn. de falso. L. 4. §. 5. D. ad L. Jul. peculat. L. 6. §. 1. L. 7. §. 3. D. ad L. Jul. repetundar. L. 2. §. 3. D. de his, qui not. inf.*

35) Commentar. in ius Lubecense. Lib. I. Tit. X. Artic. V. nr. 2. et 3. pag. 264.

vato permittere famosum prodigalitatis iudicium, aut quod cum profusionis non manifesto contraxerit, imputare, declaratio Magistratus, qua prodigum pronunciet, requiritur, cuius respectu a Praetore interdici dicitur.

Der Fehlschluß, den man hier von einem Wahnsinnigen auf den Verschwender gemacht hat, ist auch, so wie der Unterschied zwischen beyden, selbst in Beziehung auf das Vermögen, so einleuchtend, daß hierüber auch nur ein Wort zu verlieren Zeitverschwendung seyn würde, da dieß von Andern[36]) schon zur Genüge gezeigt worden ist. Dennoch hat die Meinung des Donellus bey mehreren, besonders bey Andreas Fachineus[37]) und Helfr. Ulr. Hunnius[38]) Beyfall gefunden; allein von den meisten Rechtsgelehrten[39]) ist sie mit Recht verworfen worden.

Daß die richterliche Prodigalitätserklärung öffentlich

36) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. et §. 7 — 9. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Theil §. 301.

37) Controvers. Op. Lib. II. Cap. 63.

38) Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 20. pag. 231 — 233.

39) *Paul.* Montanus Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XXVIII. nr. 43 — 47. *Ever.* Bronchorst Ἐναντιοφανῶν. Cent. I. Assert. 34. *Jo.* Goeddaeus de contrah. et committ. stipulat. Cap. VII. nr. 134. sq. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 22. pag. 556. besonders *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. I. Cap. 27. (*Bruxellis* 1745. f. Tom. I. pag. 34. sqq.) und *Sam. de* Cocceji Jur. civ. controv. P. II. Lib. XXVII. Tit. 10. Qu. 3. pag. 242.

bekannt gemacht werde, darin sind alle Rechtsgelehrten [40]) einverstanden. Zwar paßt die Gesetzstelle, *L.* **11.** §. 2. *D. de institor. act.* welche man gewöhnlich dafür anzuführen pflegt, eigentlich nicht. Denn sie spricht von einem Handlungsfactor, zwischen welchem und einem gerichtlich erklärten Verschwender noch ein großer Unterschied ist [41]). Es erfordert vielmehr die Sicherheit des Publikums eine solche öffentliche Bekanntmachung zur Warnung desselben. Daher muß die Bekanntmachung nicht nur an dem Orte geschehen, wo der **pro prodigo** Erklärte seinen eigentlichen Wohnsitz hat, sondern auch da, wohin der vorzüglichste Wirkungskreis des Verschwenders ging. Sie ist denn auch außerhalb Landes von Wirkung [42]). Während der Untersuchung über die Prodigalität eines Individuums sind zwar dem Richter zweckmäßige Vorbeugungsmittel gegen ferneren Vermögensverfall allerdings erlaubt [43]); allein eine dem guten Namen und Credit eines Menschen, der sich gegen den wider ihn streitenden Schein doch vielleicht noch rechtfertigen könnte, nachtheilige Bekanntmachung findet nicht Statt. Auch kann sich eine blos provisorische Verfügung, da doch der Ausgang der Untersuchung immer noch zweifelhaft ist, nicht bis zur gänzlichen Entziehung der Administration und des Genus-

40) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8. *Jo. a* Sande de prohibita rer. alienat. P. II. Cap. I. §. 8. Hoppe von jurid. Verschwendern. §. 5. S. 45. u. 48.

41) S. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. I. cap. 28. §. 15.

42) Voet h. t. §. 11. Hoppe angef. Schrift. S. 48. S. meine Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts S. 97. f.

43) S. Gönner's Handbuch des deutsch. gemeinen Prozesses. 4. Bd. Nr. LXXIX. §. 38. S. 362. (der 2. Aufl. Erlangen 1805.)

ses seines Vermögens erstrecken. Diese kann erst mit der Prodigalitätserklärung erfolgen. Wohl aber können in einzelnen Fällen diejenigen, von denen bekannt wird, daß sie mit ihm sich in Contracte einlassen wollen, wegen der wider ihn obwaltenden auf Prodigalitätserklärung gerichteten Untersuchung gewarnt werden. Wie nun aber wenn ein solcher Mensch, der wegen angezeigter Verschwendung in gerichtliche Untersuchung gerathen ist, der provisorischen Vorkehrungen ungeachtet, Etwas von seinem Vermögen veräußert haben sollte, ist diese Veräußerung bey nachher erfolgter Prodigalitätserklärung für nichtig zu achten? Die Annullirung einer solchen Veräußerung scheint an sich kein Bedenken zu haben. Denn eine Vergleichung zwischen dem Vermögen eines der Prodigalität wegen gerichtlich Angeklagten, und einer **res litigiosa**, über welche während des Prozesses nicht disponirt werden kann[44]), läßt sich wohl vertheidigen. Es kommt denn auch nichts darauf an, ob der Dritte von der Lage des Veräußernden Wissenschaft gehabt hat, oder nicht[45]). **Qui enim cum alio contrahit**, sagt Ulpian *libro XXIV. ad Sabinum*[46]), **vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius**[47]). Wären aber während der Untersuchung

44) *L. 2. L. 4. C. de litigiosis.* (VIII. 37.) S. Schweppe römisches Privatrecht. 1. Th. §. 162. a. der 4. Aufl.

45) *L. 4. pr. et §. 1. Cod. de litig.*

46) *L. 19. pr. D. de div. Reg. iuris.*

47) Lotz in den civilist. Abhandlungen. S. 226. nimmt jedoch den Fall aus, wenn das Geschäft auf Seiten des Verschwenders auf keiner Freygebigkeit beruht, und der Dritte, welcher sich mit ihm auf den Grund eines lästigen Vertrags einließ, eidlich erhärten kann, daß er nicht gewußt habe, daß der Verschwender seiner Prodigalität wegen bereits gerichtlich angeklagt gewesen sey.

gar keine interimistische Vorkehrungen von Seiten des Gerichts getroffen worden, so kann der Angeschuldigte, so lange der Prozeß noch schwebt, nicht als positiv gesetzlich erwiesener Verschwender betrachtet werden. Er würde aber so behandelt, wenn die mit ihm geschlossenen Contracte annullirt werden sollten [48]). Die Prodigalitätserklärung kann aber keine zurückwirkende Kraft haben, auch dann nicht, wenn der Verschwender notorisch, als solcher, bekannt seyn sollte [49]).

V. Die Curatel über Personen, welche an einem körperlichen Gebrechen leiden, nämlich Taube, Stumme, Blinde, und andere Gebrechliche, oder beständig kranke Personen, die dadurch gehindert werden, ihren Angelegenheiten selbst vorzustehen [50]). Diese ist eine bloße Dativ-Curatel, welche in der Regel nur auf deren Verlangen angeordnet zu werden pflegt [51]). Sie ist denn auch bloße Beyhülfe, und beschränkt den Curanden nicht, so weit er derselben nicht bedarf [52]). Nur Taubstumme, die sich durch verständliche Zeichen nicht auszudrücken vermö-

48) S. Ernst. Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten. 13. Bd. S. 304. ff.

49) S. Hoppe angef. Schrift. S. 49. f. Merenda Controv. iuris Lib. I. cap 27. §. 9. und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Simile est*, in fin. pag. 589.

50) §. 4. *J. de Curat. L.* 12. *pr. D. de tutor. et curat. dat. L.* 2. *D. h. t.*

51) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 14 — 18. (Vol. II. pag. 227. sqq. edit. noviss. *Norimberg*. 1805. 8.)

52) Voet Comm. h. t. §. 13. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 746.

gen, kann auch wohl auf den Antrag der Verwandten ein Curator von der Obrigkeit bestellt werden [53]).

VI. **Die Cura über Kinder, die noch in väterlicher Gewalt sind.** So lange Kinder in väterlicher Gewalt sind, kann eigentlich von keiner Vormundschaft über dieselben die Rede seyn [54]). Allein wenn Jemand einer Person, die noch unter väterlicher Gewalt ist, ein Vermögen zuwendet, z. B. sie zum Erben einsetzt, oder beschenkt, und zwar so, daß der Vater den Nießbrauch und die Verwaltung desselben nicht haben soll; so kann er, wenn diese Person noch nicht das Alter erreicht hat, daß sie ihr Vermögen selbst verwalten kann, in seinem Testamente einen Curator bestellen, und dieser kann denn auch sogar der Mutter oder Großmutter die Verwaltung überlassen, wenn sie dieselbe übernehmen wollen. In Ermangelung desselben kann die competente Obrigkeit einen Curator ernennen. Es gehört hierher die *Nov. CXVII. Cap.* 1. §. 1. welche nach **Hombergks** Uebersetzung folgenden Inhalts ist.

Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictae vel donatae sunt, (sc. *ut pater in his rebus neque usumfructum, nec ullam plane partem habeat*) si quidem perfectae aetatis sint, licet sub potestate constituti, quo velint modo administrandi facultatem habeant. Si vero imperfectae aetatis sint, ab eo administrentur, qui testatori vel donatori placuerit, donec illi, quibus donatum vel relictum est, ad perfectam aetatem ve-

53) *L.* 2. *D. h. t.*

54) *L.* 6. §. 4. *D. de tutelis.* *L.* 7. *pr. Cod. de curat. furiosi vel prodigi.*

niant: licentiam habente testatore, vel donatore, earum administrationem matri, vel aviae eorum, in quos res collatae sunt, si velint, credere, quamvis dictae mulieres maritos habeant: ita tamen, si illae administrationem suscipere velint. Quod si is, qui relinquit, vel donat, nullum forte administratorem iis constituerit, vel qui ab eo datus est, administrationem hanc suscipere aut noluerit, aut non potuerit, vel antequam illi perfectae aetatis fiant, moriatur: tum iubemus, ut competens iudex curatorem fide dignum cum legitima fideiussione illis rebus constituat, qui substantiam illis personis relictam administret et custodiat, donec illi, ut dictum est, ad perfectam aetatem venerint.

Eben so kann auch ein minderjähriger Haussohn, der eine ihm angefallene Erbschaft gegen den Willen des Vaters angetreten hat, zur Verwaltung derselben, um einen Curator bey der Obrigkeit bitten.

L. 8. §. 1. *Cod. de bonis, quae liberis.* (VI. 61.) **Sin autem in secunda aetate adhuc filius est, et hereditate ei delata, pater consentire adeunti hereditatem noluerit, — patre autem recusante filius adire maluerit, damus quidem licentiam ei hoc facere. Nolente autem patre res filii gubernare propter causae necessitatem: habeat facultatem filius adire competentem iudicem, et ab eo petere curatorem hereditati dari, per quem gubernatio rerum ad eum delatarum procedat.**

§. 1390. h.

Wer kann Curator seyn?

Soviel 5) die Person der Curatoren betrifft; so kön-

nen alle diejenigen auch Curatoren seyn, welche eine Tutel zu führen fähig sind, sofern ihnen nicht ein besonderes gesetzliches Verbot entgegensteht [55]). Wer also nicht tutor seyn kann, kann auch nicht zum Curator bestellt werden. Jedoch ist in Rücksicht der Fähigkeit zur Curatel das Besondere, daß nach dem röm. Rechte der Mann nicht Curator seiner Frau, und auch der Bräutigam nicht Curator seiner Braut seyn kann [56]). Der Grund ist nicht sowohl, weil man besorgt, der Frau möchte, wenn der Mann die Curatel schlecht verwaltet hat, demselben die Nachlässigkeit verzeihen, und ihm die Entschädigungsverbindlichkeit erlassen; denn das wäre eine Schenkung, welche ohnehin unter den Ehegatten nicht gilt; sondern weil es einen Unfrieden unter den Ehegatten verursachen würde, wenn die Frau Rechnungsablegung von ihrem Manne verlangen wollte, welchen doch die Gesetze auf alle mögliche Art unter den Ehegatten verhütet wissen wollen [57]). Der Hauptgrund scheint aber besonders der zu seyn, weil ja diese Curatel in Widerstreit mit dem Verbote der Ehe zwischen dem Curator und seiner Pflegbefohlnen gerathen würde [58]). Denn auf dieses Eheverbot ist ja jenes Verbot der Curatel

55) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 2. pag. 232. (Vol. II. edit. noviss. *Norimb.*) und *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Quaerentibus.*

56) *L.* 14. *D. h. t. L.* 2. *C. Qui dare tutor.* (V. 34.) *L.* 1. §. 5. *D. de Excusat.* S. den 29. Th. §. 1301. S. 110. ff. und Th. 31. S. 191. Vergl. auch *Reinh.* Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. IX. Corollar. pag. 502.

57) S. *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 5. pag. 763.

58) S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. b. pag. 167.

gegründet[59]), und es läßt sich daher der heutige Gebrauch dieses Verbots mit Grund nicht bezweifeln[60]). Es kann jedoch auch der Schwiegervater nicht Curator seiner Schwiegertochter seyn. In der Oration des Kaisers Marcus vom Verbote der Ehe zwischen dem Vormund und seiner Pflegbefohlnen war zwar von diesem Falle wörtlich nichts enthalten; allein man wendete sie doch auch auf diesen Fall an, weil man besorgte, die Schwiegertochter möchte sich eben so scheuen, von ihrem Schwiegervater, so wie die Frau von ihrem Manne, Ablegung der Rechnung zu verlangen. Daher rescribiren die Kaiser Gallienus und Valerianus *L. 17. C. de excusation. tutor.*

59) S. *Fragm. Vatican. de Excusatione* §. 201. Erit haec etiam excusatio, *si quis uxori suae curator datur.* Nam sicuti Senatus censuit, ne quis eam ducat, cuius tutor vel curator fuit, ita uxoris suae non debere curam administrare, divus Severus *Flavio Severiano* rescripsit. Und §. 202. Item Proinde, si cui fuerit pupilla a patre desponsa, non debet ei tutor dari, ne nuptiae impediantur, et datus excusabitur; et si sponsae suae curator fuerit datus, debebit excusari, nisi forte a patre tutor vel curator fuerit destinatus. S. *de* Buchholtz Commentar. in Vatic. Fragmenta pag. 155.

60) S. besonders *Jos. Lud. Ern.* Püttmann Progr. ad orationem D. Marci de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. *Lipsiae* 1783. 4. Das Gegentheil behaupten zwar *Jo. Ortw.* Westenberg in D. Marco. Diss. XLV. §. 33. pag. 394. und *Christ. Henr.* Breuning Diss. de tutore sponso pupillae. *Lips.* 1769. Allein Püttmann hat diese Meinung in der angef. Schrift pag. 17—20. ausführlich widerlegt. Man sehe jedoch auch *Ge. Steph.* Wiesand Opuscula (*Lipsiae* 1782.) Specim. VI. pag. 74. sqq.

Licet orationis sub *divo* Marco habitae verba deficiant: *is tamen, qui post contractas nuptias nurui suae curator datur, excusare se debet,* ne manifestam sententiam eius offendat, et labem pudoris contrahat [61]).

Es fragt sich aber, ob der Sohn zum Curator seiner blödsinnigen oder verschwenderischen Eltern bestellt werden könne [62])? Daß ein Sohn Curator seines Vaters seyn könne, wenn der Vater seinen Geschäften nicht mehr selbst vorstehen kann, hat an sich keinen Zweifel, wie Ulpian *libro III. de officio Proconsulis* [63]) sagt. Celsus hielt zwar dieß mit mehreren andern für unanständig. Allein der Kaiser Divus Pius rescribirte an den Justius Celer, und eben so rescribirten auch die *Divi Fratres*, es sey besser und naturgemäßer, daß der Sohn, wenn er ein rechtlicher Mann und

61) Diese labes pudoris bezieht sich auf die angedrohete Strafe der Infamie. *L.* 4. *Cod. de excusat. tutor. et curat.* S. den 29. Th. des Commentars §. 1301. S. 110.

62) S. *Christ. Lud.* Crell Observationes de filio patris aut matris curatore: ad *L.* 1. §. 1. *D. de curat. fur.* *Vitembergae* 1754. 4.

63) *L.* 12. *pr. et* §. 1. *D. de tutor. et curator. dat.* His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem Proconsulem oportebit. — Nec dubitabit, filium quoque patri curatorem dare: quamvis enim contra sit apud Celsum, et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit, patrem a filio regi, attamen divus Pius *Justio Celeri*, item *divi Fratres* rescripserunt: filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum. *Jac.* Cujacius Lib. X. Observat. cap. 37. hat aus alten Inschriften erwiesen, daß statt *Justio*, *Instio Celeri* gelesen werden müsse.

guter Hauswirth ist, als daß ein Fremder dem Vater zum Curator bestellt werde. Denn deswegen zeugen wir ja Söhne, sagt Plato[64]), daß sie in unserm hülflosen Alter für uns sorgen, und uns mit ihrem Rath und Hülfe unterstützen sollen, und Quinctilian[65]) bemerkt sehr richtig: **quod omnium sit votum parentum, ut honestiores, quam sint ipsi, liberos habeant.** Man kann auch zu dem Sohne das Vertrauen haben, daß er für seinen Vater besser sorgen werde, als ein Fremder. Mit Ulpian stimmt Paulus vollkommen überein, wenn er *libro I. de officio Proconsulis*[66]) sagt:

Sed et aliis dabit Proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit: *nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare.*

Soviel nun aber insbesondere die aufgeworfene Frage betrifft; so theilen sich hier die Meinungen der Rechtsgelehrten. Einige[67]) behaupten, der Sohn könne zwar die Curatel über den wahnsinnigen Vater führen, aber nie dürfe demselben die Curatel über den Vater überlassen werden, wenn dieser pro prodigo erklärt worden ist.

64) *Gorgias*, Oper. a *Frid.* Astio editor. Tom. I. pag. 293. in fin.

65) Instit. orator. Lib. XI. Cap. 1. pag. 980. (edit. *Burman.*)

66) *L.* 2. *D. h. t.*

67) Domat les loix civil. dans leur ordre natur. Tom. II. Liv. II. Tit. II. Sect. I. §. 11. Schweppe röm. Privatrecht. §. 746. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 416. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 301. Hufeland Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1651. Not. c. Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 887. S. 141.

Andere [68]) hingegen machen keinen Unterschied, sondern behaupten, daß dem Sohne, wenn er nur sonst zur Führung der Curatel tüchtig ist, sowohl die **cura furiosi** als **prodigi** über die Eltern überlassen werden könne. Bey dieser Verschiedenheit der Meinungen würde wohl freylich die **cura furiosi** weniger Schwierigkeit finden, als die **cura prodigi parentis**. Denn wir haben in diesem Titel einige Stellen, welche gar keinen Zweifel übrig lassen, daß die **curatio in patre furioso** sowohl, als die **furiosae matris curatio** dem Sohne überlassen werden könne. Hierher gehört

1) die Stelle aus **Ulpiani** ***libro I. ad Sabinum*** [69]), welche folgendermaßen lautet: **Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda.** ***Sed exstat Divi*** **Pii** ***rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam*** [70]) ***probus sit.***

68) **Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 3. (Vol. II. edit. noviss.** ***Norimberg.*** **pag. 233.)** ***Ulr.*** **Huber Praelection. ad Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 6. in fin.** ***Hieron.*** **Aleander ad Gaji Epit. Institut. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. (in** ***Ant.*** **Schulting** ***Jurispr. vet. Antejustin.*** **pag. 67.)** ***Ant.*** **Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 3. pag. 762.** ***Ger.*** **Noodt Comm. ad Dig. h. t. §.** ***Quaerentibus*** **pag. 590. Crell cit. Diss. Obs. VII.** und Thibaut System des Pand. Rechts. 1. Bd. §. 509.

69) ***L.*** **1. §. 1.** ***D. h. t.***

70) Einige Ausgaben, z. B. die des Robert Stephanus und des Petrus ab Area Baudoza Cestius, lesen: ***si tamen,*** und dieß hält ***Jo. van-de*** **Water Observation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 12. pag. 342.** für die richtige Lesart. ***Ger.*** **Noodt Comm. ad Dig. h. t. §.** ***Quae-***

2) Die Stelle aus Ulpianus *libro XXXVIII. ad Sabinum*[71]): **Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequalis**[72]) **debetur.**

rentibus (*Opp.* Tom. II. pag. 590.) meint hingegen, daß das *tam* hier für valde genommen werde, so wie es auch *L.* 24. §. 1. *D. de minorib.* in dieser Bedeutung vorkommt. Daß diese Bedeutung auch den röm. Classikern nicht fremd sey, habe, nach Ausonius Popma de usu antiquar. locution. Lib. II. cap. 1. *Frid.* Taubmann ad *Plauti* Mostellar. Act. IV. Sc. II. v. 9. pag. 566. lit. C. (*Vitebergae* 1612. 4.) aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Allein es ist kein hinreichender Grund vorhanden, von der florentinischen Lesart, und dem gemeinen Sprachgebrauche abzuweichen. Unter den Worten: *si tam probus sit*, muß man sich nur, wie sich von selbst versteht, denken, ut sc. curatio patris ei tuto permitti possit, wie auch Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad Digesta s. Pand. Tom. IV. (*Lugd. Batav.* 1823. 8.) ad h. L. §. 1. pag. 506. sehr richtig bemerkt hat. Diese Erklärung stimmt auch mit den *Basilic.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 1. pag. 162. überein, wo es heißt: *οἱ παῖδες δὲ αὐτῶν ὄντες ἱκανοὶ*, i. e. *si filii eorum* idonei *sint*. Denn ἱκανος heißt so viel, als tüchtig, fähig, geschickt, im Stande. S. Passow griech. Lexikon. h. v.

71) *L.* 4. *D. h. t.*

72) Mehrere Rechtsgelehrten haben in diesen Worten die bekannte Redefigur finden wollen, welche man Liptotes nennt, wo mehr gesagt worden, als verstanden werden soll. Denn es sey bekannt, daß die Mutter gar keine potestas in liberos habe. *L.* 5. *C. de adopt.* (VIII. 48.) Ulpian. *Fragm. Tit. VIII.* §. 8. Es könne also auch Ulpianus Meinung nicht seyn, ihr wenigstens einige potestas in liberos einzuräumen. S. *Ger.* Noodt Observation. Lib. II.

Zweifelhafter ist die **curatio parentis prodigi.** Nun sagt zwar freylich Ulpian in der angeführten ersten Stelle:

Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda.

Allein dieß kann doch wohl nur soviel heißen, ehemals habe man Bedenken getragen, dem Sohne die Curatel über seinen für einen Verschwender erklärten Vater zu überlassen. Warum? Ulpian sagt uns dieses selbst in der oben vorgekommenen *L.* **12.** **§. 1.** *D. de tutor. et curator. dat.* Celsus und mehrere Andere hätten es für unschicklich gehalten, **patrem a filio regi.** Dieß konnte doch wohl nur hauptsächlich auf den Fall sich beziehen, wenn der Vater für einen Verschwender erklärt worden ist. Denn wer hätte sonst darin etwas Unanständiges finden können, wenn der Vater wegen Altersschwäche, oder wegen Blindheit, oder wegen Blödsinns, eines Curators benöthigt ist, und die Obrigkeit für rathsamer hält, die Curatel dem Sohne, als einem Fremden, zu übertragen? War hingegen der Vater **pro prodigo** erklärt worden, so gab es größern Anstoß, dem Sohne die Curatel über den Vater zu überlassen. Hier widersprach Celsus,

Cap. 15. und Desselben Julius Paulus cap. 7. auch *Jo. van de* Water Observat. iur. Rom. Lib. III. Cap. 12. pag. 342. und *L. A.* Hamberger Opusc. iurid. pag. 185. Allein daß das neuere römische Recht der Mutter allerdings einige Gewalt über die Kinder einräumt, z. B. in Ansehung der Bestellung eines testamentarischen Vormundes, und in andern Fällen, hat Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 10. gezeigt. Ich bemerke nur noch, daß statt aequalis debetur, wie Haloander, und die meisten Ausgaben lesen, die florentinische Ausgabe *aequa debebitur* hat.

und mehrere stimmten ihm bey, *quasi indecorum sit, patrem a filio regi.* Schon dieser Grund zeigt, daß ein solcher Fall gemeint sey, wo der Vater seiner bewußt ist, und weiß, was mit ihm vorgeht. Daher sagte auch Fabianus beym Seneca [73]): *In hoc enim latam esse legem, ut pater a filio sanari deberet, non ut regi.* Und wie wenn sich auch der Sohn selbst, durch das Beyspiel des Vaters verführt, eine verschwenderische Lebensart angewöhnt haben sollte? Wir finden ja ein solches Beyspiel bey Seneca [74]), wo der Vater, wie der Sohn, Verschwender waren. Dennoch, sagt Ulpian, hätten die *Divi Fratres*, so wie *Divus* PIUS an den Justius Celer rescribirt:

filium, si SOBRIE *vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.*

Der Ausdruck *sobrie vivere* ist hier nicht ohne Bedeutung. Er wird dem *luxuriose vivere* entgegengesetzt, welcher Ausdruck *L.* 15. *h. t.* vorkommt. Eine Stelle aus Cicero [75]) setzt diesen Gegensatz ausser Zweifel. Er sagt: *Intelligemus, quam sit turpe diffluere,* LUXURIA, *et delicate ac molliter vivere, quamque honestum — parce, continenter, severe,* SOBRIE. Sollte also nicht schon die Voraussetzung auf Seiten des Sohns, *si* SOBRIE *vivat*, wofern er zum Curator seines Vaters bestellt werden soll, auf den Fall hindeuten, wenn der Vater ein verschwenderisches Leben führt? Es wird sogar für besser gehalten, dem Sohne die Curatel zu übertragen, als einem Fremden. Unstreitig weil er besser für

73) *Controvers.* Lib. II. *Controv.* 11. *in Divis.*

74) *Controvers. XIV.*

75) *De Officiis* Lib. I. Cap. 30. nr. 106.

die Erhaltung des Vermögens sorgen wird, als ein Fremder: Dieß ist auch gewiß dem Wunsche der Eltern gemäß, **qui malunt curatione filiorum defendi,** sagt Crell[76]), **quam extraneis se committere, et illorum iniuriam cum gemitu ac dolore exspectare. Ab extraneis enim metuunt, ne vel divitias suas invidiae exponant, vel paupertatem detegant, atque ita augeant molestias effoetae senectutis. Quare gaudent senes illi, si** ***a filiis*** **administrentur bona sua, quae** ***filiorum causa*** **ab illis comparata sunt, et quorum hereditatem, filiis in primis, destinaverunt** [77]). Da also auch dieser Fall nicht ausgenommen ist, so konnte Ulpian mit Recht ganz allgemein sagen: *Nec dubitabit Proconsul, filium quoque patri curatorem dare.* Und dieser besonnene Ulpian sollte sich selbst widersprochen haben, wenn er *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* sagt: **Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio** ***negabatur*** **permittenda?** Wie konnte man denn so ganz übersehen, daß Ulpian davon spricht, was man ehemals für bedenklich hielt? *Filio* NEGABATUR *permittenda*, sagt er ja ausdrücklich, und deutet damit gewiß auf die Meinung des Celsus und vieler andern hin, welche es für unschicklich hielten, **patrem a filio regi,** wie er sich in der andern Stelle darüber ausführlicher geäußert hat. Spräche Ulpian vom noch bestehenden Rechte, warum sagte er nicht: *filio* NEGATUR *permittenda?* Daß aber Ulpian wirklich nur sagen wollte, was ehemals vielen bedenklich geschienen, jetzt aber nicht mehr so sey, erhellet nun noch vollends aus dem Nachsatze.

76) **Diss. cit. Observ. VI. S. auch Obs. VII.**

77) *L.* 15. *D. de inoff. testam.*

Sed *extat Divi* **Pii** *rescriptum*, **filio potius curationem permittendam in patre furioso,** *si tam probus sit.*

Dieß ist ja das nämliche Rescript, welches Ulpian in der andern Stelle noch bestimmter angeführt hat, ein Rescript an den Justius Celer, wodurch *Divus* **Pius**, sich über die Meinung der Alten hinwegsetzend, welche das Wort *regi* gewiß in dem ganz unschicklichen Sinne für **imperare** genommen hatten, eine Bedeutung, welche dem Begriff der Curatel offenbar widerspricht, ganz allgemein sanctionirte:

filium, si SOBRIE *vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.*

Freylich hat man sich durch die Worte: **filio potius curationem permittendam** *in patre furioso*, **si tam probus sit**, täuschen lassen. Diese Worte hat man nun sicher so verstanden, eher könne man dem Sohne die Curatel über seinen wahnsinnigen Vater überlassen, als über einen solchen Vater, welcher von der Obrigkeit für einen Verschwender erklärt worden ist. Allein wenn das Rescript des Divus Pius, so wie der *divorum fratrum*, wirklich nur auf die **cura furiosi** beschränkt seyn sollte, warum sagte denn Ulpian dort kein Wörtchen davon, wo er die Frage, ob der Sohn zum Curator seines Vaters bestellt werden könne, hauptsächlich erörtern wollte? Warum stellte er dort den ganz allgemeinen Satz auf:

Non dubitabit Proconsul, filium quoque patri curatorem dare;

ohne zu unterscheiden, ob der Vater **furiosus** oder **prodigus** sey? Daß also Ulpian gerade hier sagt, *in*

patre furioso, kann den Fall der cura prodigi nicht ausschließen. Denn Ulpian hatte ja kurz vorher gesagt, prodigo, *cui bonis interdicitur*, curatorem dari *exemplo furiosi;* und Seneca[78]) sagt mit Recht: luxuriosus adolescens peccat: *senex luxuriosus insanit.* Das *potius* curationem permittendam, geht auch gar nicht auf die cura furiosi, sondern soll nur das ausdrücken, was Ulpian in dem andern Fragment bestimmter sagte: *filium* patri curatorem dandum magis, quam extraneum. Also das *filio* POTIUS *curationem permittendam*, heißt nichts anders, als es sey besser, dem Sohne die Curatel über seinen Vater zu übertragen, als einem Fremden. Meine Ansicht bestätigen endlich auch die Basiliken[79]), in welchen der Sinn der *L.* 1. *h. t.* so ausgedrückt worden ist:

Τῳ ἀσώτῳ μήτε μέτρον, μήτε καιρὸν, ἐπισταμένῳ δαπάνης, δίδοται πρὸς μίμησιν τοῦ μαινομένου κουράτωρ· — Οἱ παῖδες δὲ αὐτῶν ὄντες ἱκανοὶ, κηδεμονεύειν αὐτῶν ὀφείλουσιν.

Prodigo, qui neque modum, neque tempus expensarum novit, ad exemplum furiosi curator datur. — Filii autem eorum, si idonei sint, curationem eorum suscipere debent.

Ob übrigens der Sohn noch in väterlicher Gewalt ist, oder nicht, darauf kommt nichts an, wenn er nur sonst brav ist[80]). Denn die Gesetze betrachten eine solche

78) *Lib. II. Controvers. XIV. alt. pars.*

79) *Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit.* 10. *Const.* 1. pag. 162.

80) G. *Ant.* FABER Jurispr. Papinian. Tit. VIII. Princ. VII. Illat. 12. pag. 329.

Curatel mehr aus dem Gesichtspunct einer kindlichen Liebespflicht, als einer **potestas**[81]). Daher sagt Crell[82]), der Sohn sey sogar zur Uebernehmung der Curatel über seine Eltern verbunden, und könne im Verweigerungsfalle mit dem Verlust der Erbschaft derselben bestraft werden. Sein Grund ist, weil der Sohn schuldig sey, seine Eltern zu ernähren[83]); er müsse also auch dafür sorgen, daß sie nicht verarmen, sondern das Vermögen erhalten werde, welches ihnen den Unterhalt gewährt. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß. Denn die *L.* 1. *h. t.* spricht blos von einer Erlaubniß: *permittendam* **esse filio curationem patris.** Die *L.* 3. *C. de curat. furiosi* aber redet nur von der Erbittung eines Curators für den Vater. Kaiser Gordian rescribirt daselbst:

Si pater tuus mentis compos non est, *pete ei curatores*, **per quos, si quid gestum est, quod revocari oporteat, causa cognita in pristinum statum restitui possit.**

Die *Nov. CXV. Cap.* 3. §. 12. sieht es nun zwar als eine grobe Undankbarkeit an, wenn sich die Kinder ihrer in Wahnsinn verfallenen Eltern nicht annehmen, weshalb sie mit dem Verlust der elterlichen Erbschaft bestraft werden können. Allein daß sie die Curatel über sie selbst übernehmen sollen, befiehlt das Gesetz nicht; genug also wenn sie für ihre Pflege und Wartung sorgen, so daß es ihnen an nichts gebricht, und wofern sie selbst die

81) S. Crell Diss. cit. Obs. VI. et VII.

82) Diss. cit. Obs. VI. et VII. pag. 29.

83) *L.* 5. *pr. D. de agnosc. et alend. liber. L.* 1. *C. de alend. liber. et parent.* (V. 25.) *L.* 8. §. 5. *C. de bonis, quae liberis* (VI. 60.) *Nov. CVII. cap.* 7. *in fin.*

Verwaltung des Vermögens nicht übernehmen können, oder wollen, um die Ernennung eines Curators bitten.

§. 1390. i.

Erbittung der Curatoren. Wenn ist sie nöthig?

Noch entsteht 5) die Frage, ob es auch bey der Curatel der Mündigen, so wie bey der Tutel oder Curatel der Unmündigen [84]), Fälle gebe, wo Jemand verpflichtet seyn könne, den Richter aufzufordern, daß er demjenigen, welcher desselben bedürftig ist, einen Curator bestelle? Hugo Donellus [85]) hat diese Frage mit Recht verneinet. Die Verbindlichkeit zur petitio fällt also in der Regel hier weg [86]). Denn es giebt kein Gesetz, welches hier so, wie bey der vernachläßigten Pflicht der Erbittung von Tutoren oder Curatoren für Unmündige, eine Strafe gedrohet hätte. Das Gegentheil lehren vielmehr die Gesetze [87]) ausdrücklich. Nur bey der Mutter machen die Gesetze eine Ausnahme, welche auch einem wahnsinnigen Kinde einen Curator zu erbitten nicht versäumen darf, wenn es auch nicht mehr unmündig ist, wofern sie nicht in die Strafe des Gesetzes verfallen will [88]). Daß hingegen Verwandte und Freunde, oder auch Fremde,

84) S. den 30. Th. des Commentars §. 1323. S. 87. ff.

85) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 13. p. 239. sq. (Vol. II. edit. noviss. *Norimberg.*)

86) Voet Comm. h. t. §. 2. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 743. Vergl. auch den 30. Th. des Commentars. §. 1323. S. 87.

87) *L.* 1. *D. Qui pet. tutor. vel curator. L.* 2. §. 29. *et* 30. *D. ad SCtum Tertull. L.* 6. *Cod. Qui petant. tutor. vel curator.* (V. 31.)

88) *L.* 2. §. 31. *D. ad Sctum. Tertull.*

welche dabey interessirt sind, bey der competenten Obrigkeit auf die Bestellung eines Curators in einem benöthigten Falle antragen können, ist schon oben bey der **cura furiosorum** und **prodigorum** bemerkt worden. Es entsteht aber hier wieder die Frage, ob der Sohn selbst dazu berechtiget sey? Sind die Eltern in Wahnsinn verfallen, so leidet die Erbittung keinen Zweifel. Denn dafür spricht die oben angeführte Constitution des Kaisers Gordianus[89]), man lese nur in der Inscription derselben *Aureliae*, oder *Aurelio*, oder *Aureliano*. Sofern jedoch der Sohn die Curatel nicht selbst übernehmen will, oder kann, so würde er wenigstens auf die Bestellung eines Curators bey der Obrigkeit antragen müssen, wie ich bereits bemerkt habe. Kann aber auch der Sohn den Antrag machen, daß dem Vater, als einem Verschwender, die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt, und derselbe unter Curatel gesetzt werde? Daß der Prätor einem solchen Antrage Gehör gegeben, lehrt ein merkwürdiges Beyspiel bey Valerius Maximus[90]). Seine Worte sind:

C. Licinius cognomine *Hoplomachus*, a Praetore postulavit, ut patri suo bonis, tanquam ea dissipanti, interdiceretur. Et quidem, quod petierat, impetravit.

Auch Fabius Quinctilianus[91]) tadelt dieses an sich nicht, empfiehlt nur dem Sohne Mäßigung und Be-

89) *L. 3. C. de curat. furios. vel prod.*

90) *Exemplor. memorabil.* Lib. VIII. Cap. 6. Ex. 1.

91) *Institut. orator.* Lib. XI. Cap. 1. (Tom. I. pag. 974. edit. *Burmann.* et Volum. IV. pag. 262. nr. 58. edit. *Spalding.*)

scheidenheit, welche die Ehrfurcht gegen den Vater nicht verletzt. Der Sohn soll sein Bedauern über den Zustand des Vaters bezeigen, und die traurige Nothwendigkeit seiner Pflicht vorstellen, und dieses alles zwar nur mit wenig Worten, aber doch auf eine Art aussprechen, welche zeigt, daß ihm die Sache zu Herzen gehe, möge ihm der Vater deswegen auch noch so harte Vorwürfe machen. **Praeter hoc tamen,** sagt der treffliche Lehrer der Beredsamkeit, **quod est commune,** ***propriam moderationem*** **quaedam causae desiderant.** ***Quapropter et qui curationem bonorum patris postulabit, doleat eius valetudine: et quamlibet gravia filio pater obiecturus, miserrimam sibi ostendat esse hanc ipsam necessitatem:*** **nec hoc paucis modo verbis, sed toto colore actionis, ut id eum non dicere modo, sed etiam** ***vere dicere*** **appareat.** Diesen Fall berührt auch Seneca in seinen Controversen [92]). Er läßt den Sohn durch Seleucius ermahnen, nur ja nicht die Schattenseite des Vaters zu grell zu berühren, sondern den Fehler des Alten lieber von der Seite einer Gemüthskrankheit darzustellen, als ihn geradezu Verschwendung zu nennen. **Minime solere patri objici** ***luxuriam,*** sagt daselbst Seleucius, **non magis, quam avaritiam, quam iracundiam.** ***Non vitia patris accusari solere, sed morbum: et, si possit aliquid praeter dementiam objici patri, luxuriam non posse.*** Es darf auch der Sohn selbst kein Verschwender seyn. **An, si ob hoc pater accusari potest, possit a tali filio?** so läßt Seneca den Seleucius weiter sprechen. **Hic vitiorum exprobratio. Si ebrietatem objicere solet**

92) ***Lib. II. Controv.*** 14. (***Oper.*** Tom. III. pag. 209. edit. ***Gronov.***)

ebrius: si petulantiam, iniuriae damnatus: et iam, si ob hoc accusari potest, etiam a tali filio [93])? Es ist also hier anzuwenden, was Labeo bey Ulpian [94]) gebeut, *in factum verbis temperandam esse actionem*, ne dolus malus ac nequitia patri facile obiiciatur. Die Formel: *Quando tibi bona* NEQUITIA *tua disperdis*, welche sonst bey der Prodigalitäts-Erklärung gebräuchlich war, würde also hier gar nicht passen. Doch hat Crell [95]) wohl Recht, wenn er sagt: Triste igitur officium obibit filius, qui patri luxurioso vult curator dari. Dieser traurigen Pflicht überhebt aber das musterhafte allgemeine Preußische Landrecht [96]) den Sohn, wenn es verordnet:

„Kinder können ihren Eltern nur, wenn dieselben wegen Wahn- oder Blödsinnes; nicht aber, wenn sie wegen Verschwendung unter Vormundschaft genommen werden müssen, zu Vormündern bestellt werden."

§. 1390. k.

Was haben Tutel und Curatel mit einander gemein?

Im übrigen folgt die Curatel den Grundsätzen der Tutel [97]), nämlich was die Pflichten bey Uebernehmung des Amts, besonders der Satisdation [98]), ferner bey der

93) Ich bin hier Gronovs Emendation gefolgt, weil die gemeine Lesart keinen richtigen Sinn giebt.

94) *L.* 11. §. 1. *in fin. D. de dolo malo.*

95) Cit. Diss. Obs. VII. pag. 30.

96) Vergl. den 2. Th. Tit. 18. §. 196.

97) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

98) *Princ. J. de satisdat. tutor. et curat. L.* 1. *Cod. de*

Verwaltung desselben [99]) betrifft, auch wenn mehrere Curatoren zugleich bestellt worden sind [100]), nicht minder bey der Veräußerung der Güter des Curanden [1]), und eben so gelten auch hinsichtlich der Excusation von der Curatel, wenige Abweichungen ausgenommen [2]), die schon oben vorgekommen sind, so wie der Absetzung der Curatoren ganz dieselben Grundsätze, die wir schon bey der Tutel kennen gelernt haben, wie auch die Rubriken der in den Institutionen, Pandecten und Codex davon handelnden Titel beweisen. Endlich ist auch in Ansehung der Bestätigung, zumal nach deutschen Rechten, kein Unterschied mehr zwischen Tutoren und Curatoren, indem jetzt alle

tutore, vel curatore, qui satis non dedit. (V. 42.) Bey einer ex inquisitione geschehenen Bestellung des Curators fällt sie jedoch weg. *L.* 8. *D. h. t.* Man sehe übrigens Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 20. §. 7. (Vol. II. pag. 243.) und den 30. Th. des Commentars §. 1329. a. S. 161. ff.

99) *L.* 4. §. 24. *et* 25. *D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.) *L.* 22. *C. de pact.* S. Donellus Commentar. c. l. Cap. 21. pag. 244. sqq. und den 30. Th. Lib. XXVI. Tit. 7. S. 148. ff.

100) *L.* 3. *pr. D. de admin. et peric. tutor. et curator.* *L.* 7. §. 3. *D. h. t.*

1) *L.* 8. §. 1. *L.* 11. *D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.* *L.* 10. §. 1. *L.* 11. *L.* 12. *L.* 17. *D. h. t.* *L.* 2. *C. de curat. furiosi vel prodigi.* S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 9. et 10. pag. 764—767. und den 32. Th. des Commentars. Lib. XXVII. Tit. 9. S. 444. ff.

2) §. 18. *et* §. 19. *J. de Excusat.* *L.* 1. *C. Quando tutores vel curat. esse desin.* (V. 60.) S. Donellus Lib. III. Cap. 20. §. 3. et 4.

Vormünder, ohne Unterschied, von der Obrigkeit bestätigt werden müssen [3]).

§. 1390. l.

Erklärung der *L.* 7. §. 1. 2. *et* 3. *D. h. t.*

Einige hierher gehörige Stellen dieses Titels verdienen jedoch noch eine nähere Betrachtung. Merkwürdig ist

1) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* JULIANUS *libro XXI. Digestorum.* **Curator dementi datus, decreto interposito, ut satisdaret, non cavit, et tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur:** ***si non curator vendiderit,*** **replicatio dari debet:** ***aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit.*** **Quodsi pretio accepto curator creditores furiosi dimisit,** ***triplicatio doli,*** **tutos possessores praestabit.**

Julian handelt hier von den Folgen einer nicht geleisteten Satisdation (**rem salvam fore**) hinsichtlich der Veräußerungsbefugniß. Der dem Blödsinnigen gegebene Curator hatte nämlich die ihm durch ein Decret auferlegte Caution nicht geleistet, dennoch aber Sachen von dem Vermögen seines Curanden verkauft, und zwar ***legitimo modo***, d. h. mit Beobachtung der gesetzlichen Form. Der griechische Scholiast [4]) erklärt es *μετὰ δεκρέτου.* Die Veräußerung war aber demungeachtet ungültig, weil sie von einem Curator geschehen war, der keine Satisdation geleistet hatte. Denn ohne diese Caution ist kein Vormund

3) S. den 29. Th. §. 1312. S. 305. ff.

4) ***Basilic.*** **Tom. V. pag. 169. Schol. g.**

zu einer Veräußerung berechtigt[5]). Er kann gar nicht als **legitimus administrator** betrachtet werden, seine Handlungen sind daher **ipso iure** nichtig[6]). Die Erben des Blödsinnigen konnten also mit Recht die veräußerten Sachen vindiciren. Setzen ihnen die Besitzer derselben die Einrede entgegen, der Curator habe ihnen die Sachen auf gesetzmäßige Art verkauft; (*si non curator legitimo modo eas res vendidit*) so können sie repliciren, der Curator habe nicht dem Decret gemäß Caution geleistet, die Veräußerung sey daher nichtig; (*aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit*[7]). Hätte jedoch der Curator mit

5) *L. ult. C. de tutore vel curat. qui satis non ded.* (V. 42.)

6) *L. 4. C. In quib. causis in integr. restitut. necess. non est.* (II. 41.)

7) *Jac.* Cujacius Comment. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 148.) behauptet, es müsse: *at si* non *satisdatione interposita secundum decretum vendiderit*, gelesen werden. So hat auch der griechische Scholiast loc. cit. pag. 169. die Replik gefaßt: ἀλλ' εἰ μὴ οὐκ ἔδωκε τὰ ἱκανὰ κατὰ τὴν διαλαλίαν ὁ πεπρακὼς σοι τὸ πρᾶγμα: i. e. *At si* non *satisdedit secundum decretum is, qui vendidit tibi rem.* Nochmals heißt es Sch. l. pag. 170. ἀλλ' εἰ μὴ ἱκανὰ οὐκ ἔδωκεν: i. e. *At si non satisdedit.* Non liest auch die Glosse, und eben so mehrere Ausgaben, als die des Robert Stephanus, und Baudoza Cestius. In der Ausgabe des Merlinus ist das *non* eingeklammert. Die affirmative Fassung der Replik mit der einleitenden Formel *aut si*, so wie sie in der florentinischen und den meisten andern Ausgaben ausgedrückt ist, vertheidigt jedoch *Aug. Guil.* Heffter ad *Gaji* Institution. Commentar. IV. s. de Actionibus. §. 126. p. XLIX. sq.

dem von den Käufern der Sachen erhaltenen Gelde die Gläubiger des Blödsinnigen befriediget; so sind die Besitzer derselben geborgen. Denn nun steht den Erben die **triplicatio** oder eigentlich die ***duplicatio doli mali***[8]) entgegen, weil der Blödsinnige dadurch von seinen Schulden befreyt worden ist. ***Si non pretio ex venditione redacto, quod curatori numeratum, aes alienum furiosi exsolutum est***[9]).

2) *L.* 7. *§.* 2. *h. t.* **Cum dementis curatorem, quia satis non dederat, et res male administraret**[10]), **Proconsul**[11]) **removerit a bonis, aliumque loco eius**

Man sehe auch Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts 3. B. (od. Desselben röm. Civilprozeß in geschichtlicher Entwickelung bis auf Justinian. Heidelb. 1829.) §. 93.

8) §. 1. *J. de Replicationib.* (IV. 14.) *L.* 2. §. 3. *D. de Exception.* (XLIV. 1.)

9) Der griechische Scholiast sagt a. a. O. Sch. g. pag. 169. *ἐὰν δὲ λαβὼν τὸ τίμημα οὗτος ὁ κουράτωρ, δανεισταῖς τοῦ μαινομένου κατέβαλεν αὐτὸ, τριπλικατίονα ἀπο δόλου δίδοται τῷ ἀγοραστῇ καὶ ἀσφαλίζεται αὐτὸν νεμόμενον τὸ πεπραμένον αὐτῷ πρᾶγμα*: i. e. ***Quodsi pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli dabitur emtori, quae possessorem tuebitur.***

10) ***Administraret*** ist die florentinische Lesart. Viele Ausgaben aber, z. B. die des Haloanders, Miräus, Hugo a Porta, Merlinus, Baudoza Cestius u. a. lesen ***administrarat***, und diese Lesart entspricht auch der Uebersetzung des griechischen Scholiasten, wie sich nachher ergeben wird, besser. Uebrigens sind die Worte: ***quia satis non dederat: — administrarat*** bey Haloander, Baudoza und Merlinus in einer Parenthese eingeschlossen.

11) Haloander und Baudoza haben, ***ideo*** **Proconsul.**

substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satisdedisset [12]) egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant, et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur, heredibus replicatio danda erit: *aut si is, qui egit, satisdederat* [13]). Sed an replicatio [14]) curatori profutura esset [15]), iudex aestimabit. Nam si curator sequens

12) Die Worte: *cum nec ipse satisdedisset*, sind bey Haloander, Miräus, Baudoza, und Merlinus eine Parenthese.

13) So, wie die florentinische Ausgabe, lesen auch Haloander, Miräus, Hugo a Porta, Koberger, De Tortis u. m. a. Allein *Jac.* Cujacius Comm. ad h. L. dem auch *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 507. beystimmt, glaubt, daß *non satisdederat* gelesen werden müsse. So lesen auch Rob. Stephanus und Baudoza. Bey Merlinus ist *non* eingeklammert. Davon nachher bey der Erklärung ein Mehreres.

14) Statt replicatio lesen mehrere Handschriften und Ausgaben, z. B. *Bapt. de* Tortis. *Ant.* Koberger, *Guil.* Merlinus, *Pet. ab Area* Baudoza *Cestius*, u. a. *triplicatio*.

15) Haloander, Miräus und andere lesen profutura *sit*. Rücksichtlich der Lesart *curatori profutura* stimmen aber alle Ausgaben überein. Jedoch halten viele diese Lesart für unrichtig. So will *Jac.* Cujacius Observat. Lib. XXV. Cap. 37. das curatori mit *heredibus* vertauschen, und dieser Emendation giebt auch Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. Not. c. pag. 167. Beyfall. Hingegen *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 7. pag. 760. will entweder: *Sed an replicatio profutura esset*, mit Hinweglassung des Worts *curatori*, oder *obfutura*, statt profutura lesen. Die letz=

pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi [16]) vertisset, ***doli triplicatio*** **obstabit.**

Ueber diese Stelle haben wir, außer Cujaz [17]), einen trefflichen Commentar vom H. Prof. Keller in Zürich [18]) erhalten. Schon um dieses zu bemerken, konnte ich dieses Fragment nicht übergehen. Wir haben von dieser Stelle auch in den Scholien der Basiliken zu diesem Titel*) eine wörtliche griechische Uebersetzung, welche zur Beurtheilung der richtigen Lesart, und zur Erklärung dieses Fragments von Interesse ist. Sie lautet folgendermaßen.

Μεμηνότος κουράτωρα καὶ ὡς μὴ δεδωκότα τὰ ἱκανά, καὶ ὡς κακῶς διοικοῦντα ἀπεκίνησεν ὁ ἀνθύπατος, καὶ ἄλλλον ἀπεκατέστησε κουράτωρα εἰς τόπον αὐτοῦ· καὶ οὗτος ὁ δεύτερος κουράτωρ μὴ δεδωκὼς τὰ ἱκανὰ, ἐκίνησε κατὰ τοῦ ἀποκινηθέντος κουράτωρος τὴν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ· καὶ μετὰ ταῦτα τελευτήσαντος τοῦ μεμηνότος, οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ ἐνῆγον κατὰ τοῦ προκουράτωρος. ὁ δὲ ἐκέχρητο τῇ ῥεῖ ἰουδικάταε, λέγων ὡς ἐκρίθη μεταξὺ αὐτοῦ καὶ τοῦ δευτέρου κουράτωρος τὸ πρᾶγμα· καὶ

tere Emendation billiget auch, als die wahrscheinlichere und gelindere, *Bav.* Voorda Thes. controvers. Decad. XXVIII. §. 9. Davon bey der Erklärung.

16) Baudoza in rem furiosi *vel dementis.*

17) Comment. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad L. 7. §. 2. h. t. (*Opp. postum. a* Fabroto *editorum* Tom. I. pag. 148. sq.).

18) Ueber Litis-Contestation und Urtheil. (Zürich 1827. 8.) §. 42. S. 325—345.

*) Tom. V. pag. 169. sq. Sch. k.

λέγει Ἰουλιανὸς κατὰ τῆς ῥεϊ ιουδικάτης παραγραφὴν δίδοσθαι ῥεπλικατίονα. ἀλλ' εἰ μή ὁ ἐναγαγών σοι κουράτωρ οὐ δεδώκει τὰ ἱκανά, ἐξεταζέτω δὲ ὁ δικαστὴς μή ποτε φυλάττειν ὀφείλει ἀζήμιον τὸν ἐναχθέντα κουράτωρα· ἐὰν γὰρ ὁ δεύτερος κουράτωρ τὰ χρήματα ἀπήτησε τὸν πρῶτον, ἀναλώσει δὲ περὶ τὴν οὐσίαν τοῦ μεμηνότος, δύναται ἔχειν παραγραφὴν ἐναγόμενος παρὰ τῶν κληρονόμων τοῦ μεμηνότος.

Dementis curatorem, qui satis non dederat, et male administrarat, Proconsul removit, et alium loco eius curatorem constituit: et hic secundus curator, cum nec ipse satisdedisset, egit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque mortuo demente heredes eius egerunt adversus priorem curatorem, et is utitur rei iudicatae exceptione, dicens rem iudicatam fuisse inter se et posteriorem curatorem. JULIANUS *ait adversus rei iudicatae exceptionem replicationem dari:* AT SI CURATORIS, QUI TECUM EGIT, NON SATISDEDIT. *Judex autem aestimabit, an indemnem servare debeat curatorem, unde petitur: nam si posterior curator pecuniam exactam a priore in rem furiosi verterit, exceptione se tueri potest is, unde petitur ab heredibus furiosi.*

Hier ist von zwey Curatoren eines Wahnsinnigen nach einander die Rede, von denen keiner die gebührende Satisdation geleistet hatte. Deswegen wurde der erste abgesetzt, welcher überdem schlecht verwaltet hatte [19].

19) *Pr. J. de satisdat. tutor. et curator.* (I. 24.) *L.* 6. §. 1. *D. de tutelis. L.* 1. *Cod. de tutore vel curatore. qui satis non dedit.* (V. 42.)

Der andere Curator, welcher in des ersten Stelle trat, hatte ebenfalls jene Cautionsleistung unterlassen, gleichwohl belangt er seinen Vorgänger wegen der Verwaltung mit der **actio negotiorum gestorum**, und dieser wurde auch zum Ersatz des Schadens verurtheilt. Nach dem Tode des Pflegbefohlnen erheben nun desselben Erben gegen den ersten Curator dieselbe Klage von neuem, welche der zweyte Curator schon gegen ihn angestellt hatte, und aus welcher er demselben war condemnirt worden. Deswegen setzte ihnen der Beklagte die *exceptio rei iudicatae*, gestützt auf das frühere Urtheil, entgegen. Diese Einrede, sagt Julian, können die Kläger mit der Replik entkräften, es habe der zweyte Curator die **Satisdatio rem salvam fore** nicht geleistet; ihm habe also gültig keine Zahlung geschehen können. Hier entsteht nun ein kritischer Zweifel über die Fassung der hier wörtlich angeführten **replicatio**. In der florentinischen, und in mehreren andern Ausgaben[20]) ist sie affirmativ gefaßt: *aut si is, qui egit, satisdederat*. In andern aber negativ: *non satisdederat*[21]). Diese negative Fassung könnte vielleicht wohl die richtigere zu seyn scheinen[22]), so wie sie auch in zwey Scholien der Basiliken[23]) ausgedrückt ist. In dem einem so: *ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς δεδώκασι τῷ μὴ παρασχόντι τὰ ἱκανά: at si non male dedit ei, qui* NON *satisdederat*. In dem andern folgendermaßen: *ἀλλ' εἰ μὴ ὁ ἐναγαγών σοι κουράτωρ*

20) S. Keller a. a. O. Note 3. S. 336.

21) S. die Note 13.

22) S. Keller a. a. O. Not. 9. S. 340.

23) Tom. V. Fabroti pag. 169. Sch. h. und pag. 170. Sch. k.

οὐ δεδώκει τὰ ἱκανά. i. e. *at si curator is, qui tecum egit,* NON *satisdedit.* Wenn indessen die Replik mit der Partikel *aut*, so wie hier, eingeleitet wird, so ist sie insgemein affirmativ ausgedrückt, wie die Beyspiele [24]) bey Brissonius [25]) beweisen. Ob sich der Beklagte nicht mit einer Duplik dagegen schützen könne, ist eine zur Beurtheilung des Judex gehörige factische Frage. Könnte nämlich der Beklagte darthun, daß er in Folge des frühern Urtheils bezahlt habe, und daß auch das Geld von dem zweyten Curator in das Vermögen des verstorbenen Pflegbefohlnen verwendet worden sey, so würde jene Replik der Erben durch eine auf diese Thatsache gestützte duplicatio doli billig aufgehoben werden [26]). Denn so kann mit Recht die Einwendung, welche der Beklagte gegen die Replik der Kläger haben soll, genennt werden [27]). Und so läßt sich denn diese Stelle, ohne jene gewaltsame Emendationen eines Jacobus Cujacius, und Anton Fabers [28]), ganz wohl erklären, welche ohnehin die oben angeführte griechische Uebersetzung dieser Stelle in den Scholien der Basiliken verbietet. Wäre wirklich in dieser Stelle eine Corruption vorhanden, die eine Emendation erforderte, so möchte sie eher darin liegen, daß die Einrede des Beklagten gegen die Replik der Kläger zuerst *replicatio*, dann *triplicatio* genennt wird.

24) *L.* 48. *D. de procurat. L. ult.* §. 2. *D. ad SCtum Vellejan. L.* 154. *D. de Regul. iuris.*

25) De Formulis Lib. V. Cap. 80.

26) *L.* 2. §. 5. *D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.)

27) Gajus *Instit. Comm. IV.* §. 127. §. 1. *J. de Replication.* (IV. 14.)

28) S. die Note 15.

Da, wie bereits oben [29]) bemerkt worden, sowohl mehrere Handschriften, als Ausgaben auch das erste Mal *triplicatio*, statt **replicatio**, lesen, so würde man, wenn man auf die Auctorität derselben hin, beyde Male **triplicatio** läse, wohl um so weniger irren, da nicht nur §. 1. unserer *L. 7. triplicatio* für **duplicatio** gebraucht worden, sondern auch Ulpian *libro LXXIV. ad Edictum* [30]) ausdrücklich sagt: **Sed et contra replicationem solet dari** *triplicatio*, wie die florentinische Ausgabe der Pandecten liest. Es kann auch, wie Everard Otto [31]) richtig bemerkt, die Duplik gar wohl *triplicatio* genennt werden, weil sie, seit Anstellung der Klage, das dritte Vorbringen (**tertia allegatio**) oder Vertheidigungsmittel der Partheyen in der Prozeßführung ist, während die Duplik in Beziehung auf den Beklagten das zweyte Vertheidigungsmittel desselben ist. Ja Theod. Marcilius [32]) sagt: **Et nomen ipsum** *replicationis* **arguit non** *duplicationem* **ei, sed** *triplicationem* **opponendam esse.** *Replicatio* **enim nihil aliud est, quam rursus, sive secunda plicatio** [33]). **Id autem est** *duplicatio*. **Peccant itaque, qui cum** *L. 2. §. 3. D. de except.* **Pandectae Pisanae recte** *triplicationis* **nomen haberent, tentarunt reponere nomen** *duplicationis*, **Ul-**

29) S. d. Note 14. und Keller a. a. O. Not. 4. S. 336.

30) *L. 2. §. 3. D. de Exception.* (XLIV. 1.)

31) Comment. ad §. 1. J. de replicat. pag. 585. edit. *Trajectin.* 1729.

32) In *Jan. a* Costa Comment. ad §. 1. J. de replicat. pag. 591. (edit. *van de* Water.)

33) *Ev.* Otto c. l. sagt: *Replicatio* est quasi plicarum, quas reus contexuit, resolutio.

PIANO invito. Ueberhaupt hätte es des Umschweifs mit der *exceptio rei iudicatae*, und der *replicatio satisdationis non praestitae* gar nicht bedurft. Der Prätor hätte die exceptio doli, ohne Weiteres, der formulae iudicii sogleich inseriren können. Der Beurtheilung des Juder wäre alsdann zu überlassen gewesen, ob in der Wiederanstellung der Klage unter so bewandten Umständen ein Dolus liege. Hiermit hätte denn auch den Auslegern die Mühe erspart werden können, eine hier in den Weg tretende Schwierigkeit zu beseitigen, wie nämlich Julian dem Beklagten aus einem Urtheile, welches in der früheren Prozeßführung mit dem zweiten Curator des Blödsinnigen gegen ihn war gesprochen worden, die exceptio rei indicatae gegen die Erben des verstorbenen Pflegbefohlnen habe gestatten können, von denen er nachher aufs neue belangt worden, da noch zu Gajus Zeiten, welcher doch jünger, als Julian ist, Vormünder so wenig, als Procuratoren, die Sache in iudicium deducirten, so daß die Klage dadurch consumirt wurde, und dem dominus, oder dessen Erben, die exceptio rei iudicatae entgegenstand. Noch zur Zeit des Gajus deducirte blos der Cognitor in iudicium, nicht aber der Procurator. Die exceptio rei iudicatae konnte also nur dann statt finden, wenn die Klage das erste Mal vom Dominus selbst, oder von einem Cognitor in seinem Namen war angestellt worden. Tutoren und Curatoren aber standen in dieser Beziehung den Procuratoren gleich. Sie mußten daher, wie die Procuratoren, der Gegenparthey Satisdation dafür leisten, daß der Dominus die Prozeßführung des Stellvertreters eben so anerkennen werde, als wenn er selbst den Prozeß geführt hätte; er aber in Ermangelung erfolgender Ratihabition dem Beklagten allen

dadurch erlittenen Schaden ersetzen werde. Dieß ist die **Satisdatio ratam rem dominum habiturum.** Nur der Cognitor war von dieser Caution frey, weil hier der Beklagte von einer nochmaligen Klage des Dominus nichts zu befürchten hatte. Denn der Dominus bestellte den Cognitor selbst in Gegenwart der andern Parthey vor Gericht durch mündlich ausgesprochene feyerliche Worte als seinen Stellvertreter. Er war also an seine Handlungen gebunden, und mußte sie ratihabiren. Denn durch die feyerliche Art der Bestellung des Cognitors hatte sich der Dominus, wie durch einen förmlichen Vertrag, dem Gegner verpflichtet, die Handlungen seines Cognitors, als seine eigene, gelten zu lassen. Er war also nicht durch eine fremde, sondern durch seine eigene Handlung obligirt, und die Litiscontestation, so wie die ganze Prozeßführung des Cognitors war nur die Veranlassung, daß diese Verbindlichkeit wirksam wurde [34]). Alles dieses lehrt uns Gajus in seinen Institutionen *Comment. IV.* §§. 96—99. wo es folgendermaßen lautet:

Ipse autem, qui in rem agit [35]), si suo nomine agit, satis non dat. Ac nec si ***per cognitorem*** **quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso, vel a domino desideratur.** ***Cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur.*** **Procu-**

34) Man vergl. die treffliche Abhandlung von Bethmann-Hollweg über Repräsentation im Prozeß, in Desselben Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. (Berlin und Stettin 1827. 8.) Nr. III. besonders S. 165—194.

35) Daß dasselbe auch bey der actio in personam galt, sagt Gajus nachher selbst *Comm. IV.* §. 100.

rator vero si agat, satisdare iubetur, *ratam rem dominum habiturum*, periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur: quod periculum non intervenit, si *per cognitorem* actum fuit, *quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.* TUTORES *et* CURATORES *eo modo, quo et* PROCURATORES, *satisdare debere, verba Edicti* [36]) *faciunt: sed aliquando illis satisdatio remittitur.*

Erst nach den Zeiten des Gajus ward durch das neuere Recht eingeführt, daß dasjenige, was ursprünglich blos von Cognitoren galt, in der Folge auch bey Procuratoren, vorausgesetzt, daß ihnen wirklich Auftrag ertheilt worden, (veri procuratores) so wie bey Tutoren und Curatoren statt finden sollte. Diese deduciren nun so gut, als die Cognitoren, die Sache in iudicium, so daß der Dominus die Prozeßführung dieser Repräsentanten eben so gelten lassen muß, wie früher die Handlungen des förmlich bestellten Cognitors, dessen Andenken von den Verfassern der Pandecten aus den Fragmenten derselben ausgetilgt, und der *verus procurator* substituirt worden ist [37]). Es war nun auch nicht mehr

36) Die Worte dieses prätorischen Edicts hat Ulpian *L.* 33. §. 3. *D. de procurat.* S. auch Bethmann-Hollweg S. 180. Not. 69.

37) Beyspiele finden sich in *L.* 1. §. 3. *L.* 2. *pr. L.* 8. §. 3. *L.* 15. *pr. L.* 28. *L.* 29. *L.* 30. *L.* 31. *pr. L.* 43. §. 1. *L.* 61. *D. de procurator. L.* 6. §. 3. *D. Quod cuiusq. universit. nomine L.* 4. *pr.* et §. 1. *et* 2. *D. de re iudic.* (XLII. 1.) *L.* 86. *D. de solut.* (XLVI. 3.) *L.* 9. *D. de doli mali et met. except. L.* 10. *D. Judicat. solvi.* S. Keller über Litiscontestation. §. 41. S. 325. ff.

nöthig, sie mit einer Caution weiter zu bekräftigen, es mußte nur der Procurator durch den Beweis seines Mandats, so wie der Vormund durch den Beweis seiner Bestellung, sich gehörig legitimiren können. Der nochmaligen Klage stand jetzt die exceptio rei in iudicium deductae, oder rei iudicatae für immer entgegen, weil nun der Dominus, mithin auch der Pflegbefohlne, an die Litiscontestation und res iudicata gebunden ist [38]). Der Beklagte konnte nun nicht blos excipiren: *at si ea res iudicata non sit inter me et te*, sondern auch so: *at si ea res iudicata non sit inter me et procuratorem, seu tutorem, seu curatorem tuum* [39]). Dieses neuere Recht bestätigen besonders die Fragmente aus den Schriften des Ulpianus und Paulus, von denen folgende vorzüglich merkwürdig sind.

L. 11. §. 7. *D. de except. rei iudicat.* (XLIV. 2.) ULPIANUS *Libro LXXV. ad Edictum.* Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, *quae rem in iudicium deducunt.* Inter hos erunt *procurator*, cui mandatum est, *tutor, curator furiosi* vel *pupilli, actor municipum.* Ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.

L. 56. *D. de iudiciis* (V. 1.) ULPIANUS *libro XXX. ad Sabinum.* Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si

38) S. Bethmann-Hollweg's angef. Versuche. S. 184. ff. und S. 193.

39) *L.* 9. §. 2. *L.* 11. §. 3. *D. de except. rei iudic.* S. Bethmann-Hollweg S. 189.

quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus deinde ratum dominus habuerit, *videtur retro res in iudicium recte deducta.*

L. 27. pr. D. de procurat. (III. 3.) ULPIAN. *libro IX. ad Edictum.* Sed haec ita, si mandato domini procurator egit, ceterum si mandatum non est, *cum neque in iudicium quidquam deduxerit,* nec tu ea comprobasti, quae invito te acta sunt, tibi non praeiudicant.

L. 17. §. 2. D. de iureiur. (XII. 2.) PAULUS *libro XVIII. ad Edictum.* Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet, nam et alienare res, et solvi eis potest, *et agendo rem in iudicium deducunt.*

L. 23. D. de admin. et peric. tutor. et curat. ULPIANUS *libro IX. ad Edictum.* Vulgo observatur, *ne tutor caveat*, ratam rem pupillum habiturum, *quia rem in iudicium deducit.* Quid tamen si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? *Aequum est adversarium non decipi.* Idem et in curatore est.

So war also nun bey Ulpian und Paulus zur Regel geworden, was Gajus in der oben angeführten Stelle (IV. §. 99.) auch selbst bey Tutoren und Curatoren, nur als selten eintretende Begünstigung erwähnt, (aliquando illis satisdatio remittitur.)

Soll man also, um nun zu unserm Julian wieder zurückzukehren, vielleicht annehmen, daß jene Stelle aus dem spätern Rechte wesentlich interpolirt seyn könnte?

Allein dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden, obwohl nicht zu läugnen ist, daß in den Pandecten allerdings Stellen vorkommen, die theils aus Julians Digesten [40]) selbst sind, theils wo sich auf Julians Digesten berufen wird, um die Meinung zu bestärken, daß wenn auch nur ein **verus procurator** für den Dominus vor Gericht gehandelt hätte, derselbe dennoch, wenn er aufs neue klagen wollte, eben so mit der **exceptione rei iudicatae** zurückgewiesen werden könne, als wenn er **ipse praesens causam suam egisset** [41]). Eine solche Berufung auf Julian macht es doch gewiß höchst wahrscheinlich, daß die Stelle zu den interpolirten gehört [42]). Allein da ist doch nur ein **verus procurator** dem Cognitor substituirt. In unserer Stelle hatte aber ein Curator für den Pflegbefohlnen gehandelt, der nicht einmal die ihm noch dazu auferlegte Satisdation, **rem furiosi salvam fore**, geleistet hatte, und doch wird dem Beklagten gegen die neue Klage die **exceptio rei iudicatae** gestattet. Vielleicht hatte also wohl Julian eine ihm eigenthümliche Ansicht, und in dieser Lehre eine ganz verschiedene Theorie aufgestellt? Dieß ist jedoch eben so wenig zu glauben. Sollte denn aber auch unser Fragment, wie die Inscription nach der Florentine angiebt, wirklich vom Julian herrühren? Ein kritischer Zweifel möchte allerdings daher entstehen, daß Haloander und mehrere alte Ausgaben nicht den Julian, sondern den Cajus, als ursprünglichen Verfasser unsers Fragments nennen, wie

40) *L.* 22. §. 8. *D. Ratam rem haberi.* S. Keller über Litiscontestation. §. 42. S. 346.

41) 3. B. *L.* 40. §. 2. *D. de procurat.*

42) S. Bethmann-Hollweg's Versuche S. 191. Not. 93.

auch Bandoza bey diesem Gesetz bemerkt hat. Dieser Zweifel erhält dadurch noch mehr Gewicht, daß auch die *L. 22. D. Ratam rem haberi*, welche ebenfalls JULIANUS *libro LVI. Digestorum* inscribirt ist, und §. 8. gerade denselben Satz des neuern Rechts ausspricht, daß die Prozeßführung durch einen verus procurator die Klage dergestalt consumire, daß dem Dominus die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden könne[43]), in der Rehdigerischen Handschrift, nicht dem Julian, sondern vielmehr dem Ulpian zugeschrieben wird, wie auch in der Gebauerischen Ausgabe bemerkt worden ist. Allein bey dem allen ist doch wohl mit Gewißheit zu behaupten, daß Julian der wahre Verfasser unsers Fragments sey. Denn dafür erkennt ihn die Inscription in den florentinischen Pandecten. Dafür erkennen ihn auch die Basiliken[44]). Sodann aber gehören ja Julians Digesten zur Sabinianischen Fragmenten-Masse dieses Titels[45]), welche von L. 1 — 9. sich erstreckt[46]), dahingegen die Schriften des Gajus theils zur Edicts-

43) Es heißt nämlich *L. 22. §. 8. D. Rat. rem haberi.* Stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summoveret. *Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset.*

44) Tom. V. pag 162. in fin.

45) S. Bluhme über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten, in von Savigny Zeitschrift Bd. IV. Nr. VI. 1. Tab. S. 266. und S. 453.

46) S. Bluhme angef. Schrift 2. Tabelle. S. 461. a. E.

theils Papinianischen Abtheilung gehören[47]), unter denen überdem gar keine Digesten befindlich sind. Den richtigsten Aufschluß über diese schwierige Stelle giebt uns wohl Keller in der oben angeführten classischen Schrift[48]), daß nämlich Julian nur für einen einzelnen Fall dem von einem Curator Belangten gegen den dominus, und jetzt dessen Erben, die **exceptio rei iudicatae** gestattet habe, und zwar so, daß sie gar nicht unbedingt, sondern nur unter der bestimmten Voraussetzung, daß das Resultat des frühern Urtheils dem Pflegbefohlnen factisch zu gute gekommen sey, wirksam seyn solle[49]). Die L. 22. aber

47) S. Bluhme Ordnung der Fragmente in den Pandecten. Tabelle I. S. 266.

48) Ueber Litiscontestation und Urtheil. S. 342.

49) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. V. pag. 170. Sch. m. findet jedoch noch einen Anstand darin, daß hier die exceptio rei iudicatae gegen die Parthey gestattet werde, welche in dem früheren Prozeß obgesiegt hat. Dieß streite gegen die *L.* 16. *D. de except. rei iudicatae*, wo derselbe Julian *libro LI. Digestorum* sagt: Evidenter iniquissimum est, proficere *rei iudicatae exceptionem* ei, contra quem iudicatum est. Allein dieser Ausspruch Julians findet hier keine Anwendung. Denn im Falle der *L.* 7. hatte der Beklagte demjenigen, von welchem er zuerst war belangt worden, die Schuld bezahlt. Allein die *L.* 16. spricht von einem solchen Falle, wo bey einer Reivindication gegen den Kläger erkannt worden, daß ihm die in Anspruch genommene Sache nicht gehöre. Hier kommt ihm die exceptio rei iudicatae nicht zu statten, wenn er etwa nachher den Besitz der Sache durch Zufall wieder erlangt haben sollte, und deswegen aufs neue belangt wird. S. *Jac.* Cujacii Comment. ad Lib. LI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I.

gehört ohne Zweifel zu den Fragmenten, in denen von den Compilatoren der Cognitor gestrichen, und an seinen Platz der *verus procurator* substituirt worden ist.

3) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* **Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvetur, vel an unus rem furiosi alienare possit? Respondi, recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi *legitime*[50]) mercaretur, usucapturum: quia solutio, venditio, traditio, facti magis, quam iuris sunt. Ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire: denique si praesens sit, et vetet solvi, vetet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emptor usucapiet.**

Noch erörtert Julian die Frage, ob in dem Falle, da zwey oder mehrere Curatoren einem furiosus gegeben sind, Einem von denselben allein eine Schuld dergestalt bezahlt werden könne, daß dadurch der Schuldner befreyt werde, und ob Einer von den Curatoren allein eine Sache des Pflegbefohlnen dergestalt verkaufen könne, daß wenn die Veräußerung auf eine gesetzmäßige Art, d. h. decreto

pag. 369.) und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. a celeberr. Smallenburg edit. et animadvers. suis locupletat. Tom. VI. (*Lugd. Bat.* 1828. 8.) ad h. L. pag. 629.

50) Da Julian lang vor der Oration des Kaisers Septimius Severus de rebus eorum. qui sub tutela vel cura sunt, *sine decreto* non alienandis lebte; so hält Pothier Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XIV. Not. c. pag. 168. das Wort *legitime* hier nicht ohne Grund für interpolirt.

interposito, geschieht, der Käufer dadurch in den Stand der Usucapion versetzt werde[51])? Julian entscheidet beyde Fragen bejahend. Sein Grund ist, weil Zahlung, Verkauf und Uebergabe mehr etwas Factisches, als Rechtliches sind, d. h. weil diese Handlungen keine solennitatem iuris erfordern. Denn actus legitimi erfordern die Einstimmung aller Curatoren, wie Cujacius[52]) und Pothier[53]) diese Stelle erklärt haben. Der griechische Scholiast in den Basiliken[54]) hat jedoch hierbey ganz richtig bemerkt, daß dieses nur von einer ungetheilten Vormundschaft zu verstehen sey. Hier wird das Stillschweigen der übrigen, welche nicht widersprochen haben, für Beystimmung erklärt. Hätte hingegen auch nur Einer widersprochen, so wäre die ganze Handlung nichtig. Das Stillschweigen der Andern setzt jedoch nothwendig ein Mitwissen der Handlung voraus. Quomodo

51) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. §. 3. L. 7. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 149.) und *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 2. pag. 760. sqq.

52) Cit. loc.

53) Cit. loc. not. d.

54) Tom. V. pag. 170. Sch. n. *Εἴγε μία ἦν ὑπὸ πάντων χειριζομένη διοίκησις. εἰ γὰρ ἐμεμέριστο, οὐκ ἠδύνατο ὁ ἐκ τῆς δε τῆς ἐπαρχίας τῷ ἐν ἑτέρα ἐπαρχία κηδεμονεύοντι καταβαλλεῖν·* i. e. *Si una erat omnium administratio. Nam si divisa fuit, non potuit, qui erat ex hac provincia, in altera administranti solvere.* S. auch den 30. Th. §. 1336. S. 358.

55) S. Faber c. l. pag. 761. in fin. und den 4. B. des Commentars §. 280.

enim tacite consensisse videri potest is, qui ignoravit[55])? Es konnte aber auch der Prätor von den mehreren Curatoren des furiosus Einem allein die Verwaltung übertragen, wo dann desselben Handlungen, wofern sie nur pflichtgemäß, wenn gleich ohne Concurrenz der übrigen, vorgenommen worden, als gültig anerkannt werden müssen, wie Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum*[56]) aus Pomponius Commentar referirt, wo er sagt:

Si plures curatores dati sunt, POMPONIUS *libro sexagesimo octavo ad Edictum* scripsit, *ratum haberi debere etiam, quod per unum gestum est:* nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, Praetor uni eorum curationem decernet, ratumque habebit, quod per eum *sine dolo malo* gestum est.

Daß auch bey der cura bonorum, wenn mehrere Curatoren bestellt worden sind, einer für alle handeln kann, wenn ihnen die cura ungetheilt übertragen worden ist, lehrt ebenfalls Ulpian nach Celsus *libro LXV. ad Edictum*[57]). Er sagt daselbst:

Si plures autem constituuntur curatores, CELSUS ait, *in solidum* eos et agere et conveniri, non pro portionibus. Quod si per regiones fuerint constituti curatores, unus forte rei Italicae, alius

56) *L. 3. pr. D. de administr. et peric. tut. et curator.* S. DONELLUS Comm. Lib. III. Cap 21. §. 5. und *Jac.* GOTHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theodos. de denuntiatione. Tom. 1. *Cod. Theod.* pag. 112. edit. *Ritter.*

57) *L. 2. §. 2. D. de curatore bonis dando.* (XLII. 2.)

in provincia, puto regiones eos suas conservare debere.

§. 1391.

Verschiedene Eintheilung der Curatel.

Aus dem, was bisher ausgeführt worden, ergeben sich nun die hier vom Hellfeld angegebenen Eintheilungen der Curatel von selbst. Die Curatel kann nämlich 1) in Ansehung des Gegenstandes, entweder zugleich mit einer Vorsorge für die Person des Curanden verbunden seyn, oder sie berücksichtiget blos das Vermögen, und ist zur Geschäftsführung bestellt. In jenem Falle pflegt sie eine *cura personarum*, oder *personalis*, oder, wie Hellfeld sagt, *cura mixta* genennt zu werden. Das Wort *persona* wird aber hier freylich nicht in der Bedeutung von bürgerlicher Persönlichkeit genommen, für deren Erhaltung der Tutor zu sorgen hat, und deren Ergänzung in den bürgerlichen Geschäften des Mündels durch auctoritatis interpositio den Tutor wesentlich vom Curator unterscheidet; sondern es bezeichnet hier die physische Persönlichkeit des Pflegbefohlnen, in welcher Bedeutung das Wort *persona* als gleichbedeutend mit corpus gebraucht wird, so wie das Wort caput im engern Sinne die bürgerliche Persönlichkeit oder rechtsfähige Subjectivität bezeichnet[58]). Diese cura personalis hat es also nicht blos mit der Verwaltung des Vermögens des Pfleg-

58) *L.* 3. §. 1. *D. de tutelis.* G. Zoepfl Vergleichung der römischen Tutel und cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. (*Bamberg.* 1828. 8.) §. 2. und 4.

befohlen, sondern auch mit der Sorge für den Schutz der physischen Person desselben, und sein leibliches Wohl zu thun. Unser Pandecten-Titel giebt die cura furiosi als Beyspiel an. Von dieser sagt Julian *libro XXI. Digestorum* [59]):

Consilio et opera curatoris tueri [60]) debet non solum patrimonium, *sed et corpus ac salus furiosi*.

Die Cura hingegen, die sich blos auf das Vermögen und die Besorgung der Geschäfte einer Person bezieht, welche denselben selbst vorzustehen sich außer Stande befindet, wird *cura bonorum* überhaupt, oder eigentlich *cura realis* [61]) genennt.

59) *L. 7. pr. D. h. t.*

60) Daß das Deponens *tueri* hier als ein Passivum gebraucht worden, wie *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. ult. bemerkt hat, ist in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten gar nichts Ungewöhnliches. So hat dieses Wort nicht nur Julian *L.* 30. *D. de liberali caus.* (XL. 12.) sondern auch Ulpian *L.* 5. §. 7. *D. de legat. praest.* (XXXVII. 5.) und Papinian *L.* 17. *D. de iniusto, rupto et irr. testam.* (XXVIII. 3.) gebraucht. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Tueri* vertheidiget diese Irregularität sogar aus Stellen der röm. Classiker. Man vergleiche noch *Gilb.* REGIUS Εναντιοφανων iuris civ. Lib. II. Cap. 20. pag. 84. (*Hannoviae* 1598. 8.) *Ge. Casp.* KIRCHMAIER Opuscula de Latinitate Digestor. et Institution. Justinian. Nr. III. pag. 152. (edit. *Ge. Sam.* MADIHN *Halae* 1772. 8.) und *Car. Andr.* DUKER Opuscula var. de Latinitate ICtorum vett. (*Lugd. Batav.* 1711. 8.) pag. 328. 333. 349. et 381.

61) S. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 404.

2) In Ansehung des Entstehungsgrundes kann sie entweder eine freywillige oder nothwendige seyn, je nachdem sie auf Verlangen des Curanden, oder gegen dessen Willen bestellt wird.

§. 1392.

Cura furiosorum et prodigorum.

Unter einer nothwendigen Curatel stehen Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender. Da von der **Cura** über Beyde, sowohl insofern sie eine **legitima** als **dativa** ist, schon oben §. **1390**. d. e. f. und g. S. **178**. ff. insonderheit auch von der Frage, welche Hellfeld hier erst zur Sprache bringt, nämlich ob der Sohn Curator seines für einen Verschwender erklärten Vaters seyn könne? §. **1390**. h. S. **199**. ff. und §. **1390**. i. S. **210**. ff. ausführlich gehandelt worden ist; so bleibt hier nur Weniges noch zu bemerken übrig [62]).

Soviel I. die **Cura** der Geisteskranken betrifft, so nennen zwar die Gesetze der **XII** Tafeln nur die **furiosi**, wenn sie den Agnaten und Gentilen diese Curatel übertragen. Da aber die **furiosi** in den Gesetzen [63]) von denjenigen genau unterschieden werden, welche **dementes** und **mente capti** sind, so entsteht die Frage, warum

62) Man vergleiche Günth. Heinr. von Berg über die mit der Vormundschaft über Gemüthskranke verbundenen Rechte und Obliegenheiten; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. (Hannover 1806. 8.) Nr. XIX. S. 219. ff. und Dabelow Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. (Halle 1818. 8.) §. 300. u. 301. S. 551. ff.

63) §. 3. *et* 4. *J. de Curat. L.* 2. *D. de inoff. testam. L.* 27. §. 5. *D. de recept. L.* 8. §. 1. *D. de tutor. et curat. dat. L.* 6. *D. h. t. L.* 25. *C. de nupt. L.* 28.

nicht auch über diese den Agnaten die cura übertragen worden ist, sondern solchen Geisteskranken, wie Justinian [64]) sagt, ein Curator von der Obrigkeit gegeben werden soll? Glaubt man freylich, daß in den römischen Gesetzen unter dem Ausdruck *furiosus* schlechterdings nur ein solcher verstanden werde, der bey gänzlicher Verstandesverwirrung, in Reden und Handlungen eine übermäßige Heftigkeit zeigt; der Ausdruck *demens* aber einen solchen bezeichne, welcher bey seiner Vernunftlosigkeit sich ruhig verhält [65]); so ist freylich schwer zu erklären, warum nur gerade die Rasenden, und nicht auch die Wahnsinnigen unter der Curatel der Agnaten stehen sollten? Allein haben denn auch die Gesetze der XII Tafeln die furiosi und dementes oder mente capti wirklich eben so unterschieden? Nach der Erklärung, die uns Cicero [66]) vom furor in Beziehung auf die zwölf Tafeln giebt, hat Ulrich Huber [67]) wohl Recht, wenn er dieses verneinet. Cicero [68]) sagt nämlich:

Nomen *insaniae* significat mentis aegrotationem et morbum, id est, insanitatem et aegrotum

§. 1. *C. de admin. tut.* S. den 2. Th. des Commentars §. 117. b. S. 129. ff.

64) §. 4. *J. h. t.*

65) S. Günth. Heinr. von Berg von lichten Augenblicken bei Geisteskranken, in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. Nr. XXII. S. 243—258. besonders §. 7. u. 8.

66) *Tusculanar. Disputation.* Lib. III. Cap. 4. nr. 8. et 9. und Cap. 5.

67) Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 18. §. 2. et 3. pag. 226. sq. und Eiusd. Praelection. ad Institution. h. t. §. 7.

68) cit. loc. Lib. III. cap. 4. nr. 8. et 9.

animum, quam appellarunt *insaniam*. Omnes autem perturbationes animi morbos Philosophi appellant: negantque stultum quemquam his morbis vacare. — *Sanitatem* enim *animorum* positam in tranquillitate quadam constantiaque censebant: his rebus mentem vacuam appellarunt *insaniam*, propterea quod in perturbato animo, sicut in corpore, *sanitas* esse non possit [69]). — Nec minus illud acute, quod animi adfectionem, lumine mentis carentem, nominaverunt *amentiam*, eandemque *dementiam*. — Graeci autem μανίαν unde appellent, non facile dixerim: eam tamen ipsam distinguimus nos melius, quam illi. Hanc enim *insaniam*, quae iuncta stultitiae patet latius, a *furore* disiungimus. Graeci volunt illi quidem: sed parum valent verbo: quem nos *furorem*, μελαγχολίαν illi vocant. Quasi vero atra bili solum mens, ac non saepe vel iracundia graviore, vel timore, vel dolore moveatur: quo genere *Athamantem*, *Alcmaeonem*, *Ajacem*, *Orestem* furere dicimus. Qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant *duodecim tabulae*. Itaque non est scriptum, SI INSANUS, sed, SI FURIOSUS ESCIT [70]), *Insaniam* enim censuerunt, constantia, id est, sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum, et vitae communem cultum atque usitatum: *furorem* autem esse rati sunt mentis ad omnia caecitatem. Quod cum maius esse videatur, quam *insania*; tamen eiusmodi est, ut *furor* in sapientem cadere possit, non possit *insania*.

69) *Lib. III. cap.* 5.
70) Nach der Lesart des Orelli Opp. Ciceron. Tom. IV. p. 296.

Fortsetzung des Titels

De curatoribus furioso et aliis extra minores datis.

---

§. 1392. a.

Fortsetzung. Dilucida intervalla. Hört die cura während derselben auf? *L. 6. C. h. t.*

Aus der angeführten Stelle des Cicero erhellet nun klar, daß die Alten, deren Begriffe in den Gesetzen der XII Tafeln ohne Zweifel zum Grunde gelegt sind, unter *furor* nicht gerade das, was wir Wuth oder Raserey nennen, verstanden haben, sondern eine gänzliche Zerrüttung und Blindheit des Geistes; und diejenigen *furiosi* genannt haben, welche gar keinen Gebrauch der Vernunft haben, ihre Handlungen mögen nun entweder mit einer Heftigkeit der äußern Bewegungen verbunden seyn, welche unsere Aerzte Tobsucht, Raserey, Manie nennen[71]), oder nicht. Können wir also hierin dem Cicero trauen, der doch wohl noch zu seinen Zeiten gewußt haben mag, Wen die Gesetze der XII Tafeln einen *furiosus* genennt haben; so begriff das Wort *furor* sowohl den Wahnsinn im eigentlichen und

71) S. Adolph Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 268.

strengern Verstande, den die heutigen Aerzte *delirium* nennen[72]), als die Raserey in sich. Vom *furor*, in diesem Sinne genommen, unterschieden nun die Alten *insania* in dem Verstande, daß sie sich darunter denjenigen krankhaften Zustand des Geistes dachten, wobey es zwar nicht an allem Vernunftgebrauche mangelt, sondern der Geisteskranke dasjenige, was blos zu den äußern Pflichten, und gewöhnlichen Geschäften des gemeinen Lebens gehört, noch zur Noth verrichten kann, wie Cicero sagt, sich aber doch in seinen Handlungen eine Schwäche und Unvollkommenheit der Seelenkräfte äußert, welche von einem Mangel richtiger Vorstellungen, Mangel am Gedächtniß und Urtheilskraft zeugt[73]). Dieser Gemüthszustand, da man seines Verstandes zwar nicht ganz beraubt, aber doch auch desselben nicht ganz mächtig ist, wird von unsern heutigen Aerzten Blödsinn genennt[74]). Cicero nennt ihn auch *dementia*, oder *insania*, *quae iuncta est stultitiae*, unsere Aerzte *fatuitas*, *mentis imbecillitas*. Von dieser sagt nun Cicero ganz richtig, sie sey bey einem Sapiens nicht denkbar, wohl aber könne auch ein Weiser in einen furor verfallen. Da also die *insania*, welche vom furor genau unterschieden

72) S. Joh. Dan. Metzger System der gerichtlichen Arzneywissenschaft. §. 409.

73) Die Begriffe von furor und insania hat aus Cicero auch Nonius Marcellus de proprietate verborum pag. 469. (edit. *Hadriani Junii Medici*. Antverpiae 1565. 8.) angenommen. Man vergleiche noch *Jac.* Raevardi Conjectaneor. Lib. II. Cap. 18.

74) S. Metzger a. a. O. §. 409. und *Ge. Heinr.* Masius System der gerichtlich. Arzneykunde für Rechtsgelehrte. §. 296.

wird, zwischen diesem und der **sana mens** gleichsam die Mitte hält, und also nicht allen Vernunftgebrauch ausschließt; so kam es bey diesen eben so, wie bey Tauben, Stummen und mit einer körperlichen Krankheit und Gebrechlichkeit behafteten Personen, darauf an, wie weit sie selbst eines Curators benöthiget waren, und darum anhielten. So erklärt sich denn, warum blos die *furiosi* in der **legitima agnatorum cura** waren, den *insanis* aber, oder *dementibus*, ein **curator** von der Obrigkeit gegeben wurde. Von diesen *insanis*, oder Blödsinnigen ist, wie Huber mit Recht behauptet, auch wohl Justinian zu verstehen, wenn er §. 4. *I. h. t.* sagt: **Sed et** *mente captis*, **et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt,** *curatores dandi sunt.* Eben so versteht Herr von Berg[75]) die Stelle Justinians. „Sollte der **mente captus**, sagt er, nicht derjenige seyn, dem es an der erforderlichen Geisteskraft fehlt, um die Folgen seiner Handlungen zu überlegen und zu beurtheilen, — den wir in unserer Sprache blödsinnig nennen? — Er ist des Gebrauchs seines Verstandes nicht völlig beraubt, aber er hat dessen so wenig, daß er nicht fähig ist, vernünftige Entschließungen zu fassen. Sein Zustand ist nicht so auffallend, wie der des Rasenden und Wahnsinnigen. So erklärt sich's denn, warum das Gesetz sagt: dem *furioso* seyen Vormünder zu bestellen, aber auch dem *mente capto*, und warum eben dieses Gesetz ihn von jenem genau sondert, und vielmehr mit andern Unglücklichen, die sich selbst nicht

75) Von lichten Augenblicken bey Geisteskranken. §. 9. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 3. Th. S. 250. f.

rathen können, zusammenstellt." Ganz dem gemäß, was uns Cicero im Sinne der Alten gelehrt hat, sagt auch Hofacker[76]), der Ausdruck *furiosus* bezeichne im Sinne des röm. Rechts denjenigen, qui sive animi rabie agitetur, sive sine tumultu desipiat, intellectu *omnino* caret; *dementes* aber diejenigen, qui *integram* quidem *mentem* non habent, tuentur tamen vitae communem cultum et usitatum. Und so werden denn ohne Zweifel die furiosi und dementes in den oben angeführten Gesetzen[77]) unterschieden. Doch ist nicht zu läugnen, daß die Ausdrücke furiosus, mente captus und demens in den Gesetzen[78]) auch zuweilen als gleichbedeutend gebraucht werden.

Der Unterschied zwischen furiosi und insani oder dementes äußert sich insonderheit darin, daß nur bey jenen, den eigentlichen Wahnsinnigen, lichte Zwischenzeiten (dilucida intervalla, tempora intermissionis, furoris induciae) eintreten können, von denen die Gesetze[79]) häufig sprechen, während welchen dann der furiosus wieder ganz vernünftig, und daher auch fähig ist,

76) Princip. iuris civil. Rom. German. Tom. I. §. 248.

77) S. die Note 63.

78) *L.* 25. *C. de nupt. L.* 2. *C. de curat. fur. vel prodigi. L.* 9. *Cod. de impub. et aliis substitut.* (VI. 26.) Auch Festus *de Verbor. Signif.* voc. *Mentecaptus* sagt: *Mentecaptus* dicitur, cum mens ex hominis potestate abiit, et idem *demens*, qui de sua mente decesserit, et *amens*, qui a mente abierit.

79) *L.* 20. §. 4. *D. Qui testam. facere poss.* (XXVIII. 1.) *L.* 18. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. posses.* (XLI. 2.) *L.* 2. *C. de contrah. emt. vend.* (IV. 38.) *L.* 6. *C. h. t. L.* 9. *C. Qui testam. fac. possunt.* (VI. 22.)

unabhängig von seinem Curator, gültig zu handeln. Bey den Blödsinnigen hingegen sind dergleichen **dilucida intervalla** gar nicht denkbar, weil der Zustand derselben in einem Mangel der Verstandeskräfte, in einer Geistesschwäche seinen Grund hat, dahingegen es bey wirklich Wahnsinnigen nicht an Seelenkräften fehlt, sondern diese nur unregelmäßig wirken, weil sie zerrüttet und verwirrt sind. Nur bey diesen ist es daher möglich, daß die Geistes-Verwirrung auf einige Zeit nachlassen, und die Vernunft wieder in ihre Rechte eintreten kann.

Ob die Curatel während dieser Zwischenzeiten aufhöre, war unter den alten röm. Juristen streitig, indem einige behaupteten, daß beym Eintritt einer hellen Zwischenzeit während der Dauer derselben die Curatel sich endige, und bey der Wiederkehr der Krankheit wieder ihren Anfang nehme; andere aber lehrten, die Curatel dauere während derselben fort, und ruhe nur, weil nun der Curand selbst gültig handeln könne [80]. Allein Justinian hat diesen Streit entschieden. Nach seiner Decision soll die **Cura furiosi** fortdauern, so lange der Wahnsinnige lebt, sein Amt soll blos während dieser Zwischenzeit ruhen, weil nun der **furiosus** das Recht hat, selbst gültig zu handeln, also Contracte zu schließen, eine Erbschaft anzutreten, und überhaupt alles dasjenige zu thun, wozu vernünftige Menschen berechtiget sind. Erst bey der Wiederkehr der Krankheit soll, dann aber

80) S. *Emundi* Merillii Exposition. in L. Decision. Justiniani. Nr. XII. ad L. 6. C. h. t. (*Opp*. P. II. *Neapoli* 1720. 4. pag. 28. sq.) und *Gottfr*. Mascov de sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 15. pag. 198. sq.

auch sogleich, das Amt des Curators wieder in Wirksamkeit treten. Die hierher gehörige merkwürdige Constitution ist die *L. 6. C. h. t.*, welche folgendermaßen lautet:

Cum aliis quidem hominibus continuum furoris infortunium accidat, alios autem morbus non sine laxamento aggrediatur, sed in quibusdam temporibus quaedam eis intermissio perveniat [81]), et in hoc ipso multa sit differentia, ut quibusdam breves induciae, aliis maiores ab huiusmodi vitio inducantur: antiquitas disputabat, utrumne in mediis furoris intervallis permaneret eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita, iterum morbo adveniente redintegraretur? Nos itaque eius ambiguitatem decidentes, sancimus, (cum incertum est in huiusmodi furiosis hominibus, quando resipuerint, sive ex longo, sive ex propinquo spatio, et impossibile est, et in confinio furoris et sanitatis eum saepius constitui, et post longum tempus sub eadem esse varietate, ut in quibusdam videatur etiam pene furor esse remotus) *curatoris creationem non esse finiendam, sed manere quidem eum, donec talis furiosus vivit: quia non est pene tempus, in quo huiusmodi morbus desperatur: sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt.*

81) Unsere heutigen Aerzte theilen daher den Wahnsinn ein in den anhaltenden und aussetzenden. S. Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 255.

Sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit: *curatorem in contractu suo coniungi*[82]), ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem, quotiens morbus redierit: ne crebra vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, et frequenter tam nascatur, quam desinere videatur[83]). Dat. Kal. Septemb. LAMPADIO et ORESTE VV. CC. CONSS. 530.

§. 1392. b.

Rechtlicher Zustand des Wahnsinnigen. Besondere Rechte und Pflichten des Curators.

Die Gesetze stellen die **furiosi** mit den Pupillen, nämlich solchen, die noch **infantes** oder **infantiae proximi** sind, und also noch nicht selbst handeln können[84]),

82) Diese etwas undeutlich ausgedrückten Worte wollen so viel sagen, der Curator setze bey der Wiederkehr der Krankheit die während der hellen Zwischenzeit unterbrochene Verwaltung wieder fort, so daß die Curatel und deren Administration eine und dieselbe bleibt, nicht anders, als ob sie gar nicht wäre unterbrochen worden. So versteht sie auch MERILLIUS l. c. pag. 29.

83) D. h. ein solcher häufiger Wechsel von Aufhören und Wiederentstehen der Curatel würde ins Lächerliche fallen. In den *Basilicis* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 22. Tom. V. *Fabroti* pag. 165. heißt es: ἄτοπον γάρ ἐστι τὸ λέγειν ὅτι ἐν τοῖς διαλείμμασι πάυεται ὁ κουράτωρ, καὶ πάλιν ἐπεισέρχεται ἐν τῷ καιρῷ τῆς μανίας. i. e. *Absurdum enim est dicere, in intervallis curatorem esse desinere, et rursus furore redeunte, curatorem esse incipere.*

84) §. 8. 9. *et* 10. *J. de inutilib. stipulat.* (III. 19.) Sonst ist zwischen einem furiosus und pupillus, qui fari potest,

in eine Linie. Ulpian sagt *Libro LIX. ad Edictum*[85]): **hominis eius status et habitus** *a pupilli conditione* **non multum abhorret.** Sie werden daher bey rechtlichen Geschäften eben so angesehen, als wenn sie gar nicht gegenwärtig wären. *Furiosus absentis loco est*; sagt Paulus *libro XVI. ad Edictum*[86]), **et ita** Pomponius *libro primo Epistolarum* **scribit.** Dem Curator kommt daher die Verwaltung aller Angelegenheiten seines Pflegbefohlnen zu, weil er selbst dazu unfähig ist[87]). Er handelt für ihn, wie der Tutor für den Pupillen, der noch Kind ist. Eben daher kann auch bey den rechtlichen Geschäften eines solchen Curanden, der wegen Wahnsinns der vormundschaftlichen Obsorge untergeben ist, von einem bloßen Consense des Curators eben so wenig die Rede seyn, als von einer **auctoritas tutoris** bey einem solchen Pupillen, der seines Alters wegen noch nicht selbst handeln kann. Denn von dem einem, wie von dem andern, sagen die

allerdings ein Unterschied, wie Paulus *libro II. ad Sabinum* lehrt. Er sagt nämlich in der daraus genommenen *L.* 5. *D. de reg. iur.* **Nam** *furiosus* **nullum negotium contrahere potest,** *pupillus* **omnia tutore auctore agere potest.**

85) *L.* 7. §. 11. *D. Quib. ex causis in possess. eatur.* (XLII. 4.)

86) *L.* 124. §. 1. *D. de div. Reg. iuris.* S. *Jac.* Gothofredi Comment. ad h. L. pag. 529. sqq. Noch umfassender sagt Julian *L.* 2. §. 3. *D. de iure codicillor.* (*lib. XXXVII. Digestor.*) Furiosus per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur.

87) §. 8. *J. de inutil. stipulat. L.* 5. *D. de Regg. iuris.*

Gesetze, sie haben keinen Willen[88]). Es kommt daher bey den rechtlichen Angelegenheiten derselben blos der Wille des Vormundes in Betrachtung. In dieser Hinsicht sagt Gajus *libro XV. ad Edictum provinciale*[89]):

Si ad *pupillum* aut *furiosum* bonorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia et in agnoscenda, et in repudianda bonorum possessione *voluntatem tutoris curatorisque* spectari debere placuit, qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisve iudicio tenebuntur.

Der Curator furiosi hat aber nicht nur für das Vermögen, sondern auch für die Person des Curanden zu sorgen. Ihm liegt daher ob, seinen Aufenthalt zu bestimmen, seine Wartung und Verpflegung zu besorgen, und insonderheit seine Wiederherstellung sich möglichst angelegen seyn zu lassen, wofern nämlich noch eine Heilung bey ihm möglich und zu hoffen ist[90]). Alles

88) *L.* 40. *D. de div. Reg. iur. L.* 2. *C. de contrah. emt. et vendit.* (IV. 38.)

89) *L.* 11. *D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.*

90) S. von Berg Abhandl. von der Vormundschaft über Geisteskranke, in den jurist. Beobachtungen. 3. Th. S. 222. und Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen. 2. Th. §. 314. Das heidnische Alterthum bediente sich dazu des Mittels der *piatio*, welche durch eine Priesterin verrichtet wurde, die davon *piatrix* hieß. *Festus de Verbor. Signif.* voc. *Piari* belehrt uns hierüber aus Verrius Flaccus folgendermaßen: Piari *eos, veluti proprio verbo, ait* Verrius, *qui parum sunt animati, cum mentis suae non sint, et*

dieses faßt Julian zusammen, wenn er in der oben schon vorgekommenen Stelle [91]) sagt: **Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi.**

Daß aber der **legitimus curator** dieses auf seine Kosten thun müsse, wenn der Wahnsinnige unbemittelt ist, wie einige [92]) behaupten wollen, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Die Gesetze [93]), die man dafür anzuführen pflegt, sagen dieses wenigstens nicht. Sie reden nur davon, daß Rasende, wenn sie durch ihre Verwandten nicht gebändiget werden können, mit

per quaedam verba liberantur incommodo. PIATRIX *dicebatur sacerdos, quae expiare erat solita, quam quidam* SIMULATRICEM, *alii* SAGAM, *alii* EXPIATRICEM *vocant,* et PIAMENTA *etiam dicebantur, quibus in expiando utitur.* Diese *piatio* geschahe durch ein Opfer von Schweinen, welche davon *porci sacres* genennt wurden. Dieses bestätigt eine Stelle bey PLAUTUS *in Menaechmeis* Act. II. Sc. II. v. 14 — 18.

ME. *Responde mihi,*
Adolescens, quibus hic pretiis porci veneunt
Sacres, sinceri? CYL. *Nummo.* ME. *eum a me accipe.*
Jube te piari de mea pecunia.
Nam ego quidem, INSANUM *esse te, certe scio.*

S. auch VARRO *de Re Rust.* Lib. II. Cap. 1. et 4. und *Jac.* RAEVARDUS Conjectan. Lib. III. Cap. 18. (*Opp. pars postum. Lugd.* 1623. 8. pag. 101. sqq.)

91) *L.* 7. *pr. D. h. t.*

92) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 42. und die daselbst angeführten Rechtsgelehrten.

93) *L.* 13. §. 1. und *L.* 14. *D. de officio Praesid.* (I. 18.) *L.* 9. §. 2. *D. ad Leg. Pompej. de parricid.* (XLVIII. 9.)

Hülfe der Obrigkeit in sichere Verwahrung gebracht werden sollen, damit sie keinen Schaden anrichten, und daß ein **furiosus**, wenn er in dem Zustande der Wuth einen Todtschlag begeht, deshalb nicht bestraft werden könne, ut ***divi Fratres*** **rescripserunt super eo, qui per furorem matrem necaverat: nam sufficere, furore ipso eum puniri, diligentiusque custodiendum esse, aut etiam vinculis coërcendum.**

Wie weit übrigens die Befugniß des Curators rücksichtlich der dem Curanden angefallenen Erbschaften reicht, bleibt dem Titel **de acquirenda vel omittenda hereditate** vorbehalten. Ich bemerke hier nur noch, daß Alienationen dem Curator nur insofern erlaubt sind, als sie entweder die Verwaltung des Vermögens, oder der Nutzen des Wahnsinnigen erfordert [94]).

II. Die *Cura prodigorum* anlangend, so ist sie zwar **exemplo curae furiosorum** eingeführt worden [95]), sie ist aber doch von der letztern darin unterschieden, daß sie mit der Person des Verschwenders nichts zu schaffen hat, sondern blos auf das Vermögen und die Verwaltung desselben beschränkt ist [96]). In Rücksicht der

94) *L.* 11. *L.* 12. *L.* 17. *D. h. t.* S. Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 300. S. 552—555. Uebrigens ist über das richterliche Verfahren bey der Erklärung eines Menschen für geisteskrank zum Zweck der Bevormundung noch besonders zu vergleichen Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen. 2. Th. §. 297.

95) *L.* 1. *pr. h. t.* Von dem Prozeß bey der Erklärung eines Menschen für einen Verschwender ist zu vergleichen Puchta Handbuch a. a. O. §. 298. S. 394. f.

96) Doch findet ein Einwirken auf die Person des Prodigus in

Vermögensverwaltung aber ist das Verhältniß zwischen dem **prodigus** und seinem Curator dem gleich, welches zwischen einem Minderjährigen und seinem Curator Statt findet[97]). Hier kommt der **Consensus curatoris** in Betrachtung. Zwar kann sich der **prodigus** nicht verbindlich machen, ohne Beytritt seines Curators[98]), er kann aber doch mit dessen Einwilligung Contracte schließen, eine Novation eingehen, und eine Erbschaft antreten[99]), welches der **furiosus** nicht kann[100]). Durch Stipulation, oder durch eine ihm geschehene Tradition kann er zu seinem Nutzen auch ohne seinem Curator acquiriren[1]). Denn das kann auch ein Pupill, dem hierin der Prodigus gleichgesetzt wird[2]), aber kein **furiosus**[3]). Pom-

so fern Statt, als es zugleich Mittel für den Zweck der Curatel, nämlich denselben zu bessern, ist. Es muß also allerdings auch dafür gesorgt werden, daß der Prodigus zur Arbeitsamkeit und nützlichen Thätigkeit sich gewöhne, und so zu einer lebendigen und fruchtbaren Erkenntniß seiner Verirrung gelange, welches die hier eintretende **cura rei** nicht ändert. S. Puchta Handbuch. 2. Th. §. 314. S. 430. ff.

97) *L.* 3. *C. de integr. restitut. minor.* (II. 11.)

98) *L.* 6. *D. de Verb. obligat.* (XLV. 1.)

99) *L.* 5. §. 1. *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) *L.* 3. *D. de novat.* (XLVI. 2.) S. *Pet.* Fabri Comm. ad Tit. D. de div. regg. iuris L. 40. pag. 122. sq. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 36. und Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XV. Def. 37.

100) *L.* 63. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Jedoch ist die Zeit eines **dilucidi intervalli** auszunehmen. *L.* 7. *C. h. t.*

1) *L.* 6. *D. de Verb. obligat. L.* 3. *D. de novat.* S. den 4. Th. des Commentars §. 228. S. 57 — 59.

2) *L.* 9. *D. de auctor. et cons. tutor. et curat. L.* 9. §. 7. *D. de rebus heredit.*

3) *L.* 63. *D. de acquir. vel omit. hered.* Lauterbach l. c. §. 42.

ponius sagt zwar *libro XXXIV. ad Sabinum*[4]): **Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est**; allein vergleicht man die aus demselben Buche des Pomponius genommenen Stellen[5]), so will Pomponius nur soviel sagen, daß wissentliches Schweigen zu einer seinem Vermögen nachtheiligen Handlung, z. B. durch fremde Vornahme eines **novi operis**, den Prodigus nicht verbindlich mache[6]).

Uebrigens läßt sich wohl nicht behaupten, daß die Prodigalitätserklärung sich blos auf dasjenige Vermögen beschränke, welches der Prodigus zu der Zeit, da ihm die Verwaltung desselben untersagt wurde, noch besaß, und nur auf dasjenige zukünftige, was durch den Curator vermöge schon vorhandener Rechte, oder in Folge der Verwaltung erworben wird; mithin derselbe nur blos in Ansehung desselben außer Activität gesetzt werde[7]). Der Ausdruck *interdicere bonis* umfaßt das ganze Vermögen des Verschwenders, nicht nur das schon vorhandene, sondern auch das noch zukünftige, es mag solches

4) *L.* 40. *D. de div. Regg. iuris.* (L. 17.)

5) *L.* 25. *D. de servitut. praedior. rust. L.* 20. *de aqua et aquae pluv. arcend. act.* (XXXIX. 3.) *L.* 30. *D. de acquir. rer. dom.* (XLI. 1.) *L.* 2. *D. de fluminib.* (XLIII. 12.) *L.* 3. *D. de aqua quotid. et aest.* (XLIII. 20.) S. *Abr.* Wieling Jurispr. Restit. pag. 230. sq.

6) S. *Jac.* Gothofredi Comment. in tit. Pand. de div. Regulis iur. ad L. 40. cit. pag. 203. sqq. Man sehe hier überhaupt noch Gesterding von der cura prodigi §. 1. in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschied. Rechtsmaterien S. 51. ff.

7) S. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 301. S. 558.

durch die Verwaltung des Vormundes, oder durch Erbschaften, Vermächtnisse und Schenkungen erworben werden, welche dem Prodigus zufallen [8]). Und dieses ganze zufällige künftige Vermögen des Verschwenders sollte mit der Prodigalitätserklärung auch gar nichts zu schaffen haben, mithin nicht unter die angeordnete Curatel fallen, sondern seiner Disposition anheimgestellt seyn? Wie wenn der Prodigus mit dem neuerworbenen Vermögen eben so übel wirthschaften sollte, als er mit dem Vermögen gewirthschaftet hat, welches der Staat unter seine besondere Aufsicht und Obhut genommen? und dieses könnte ihm der Staat gestatten? Auf solche Art wäre ihm ja die Verwaltung seines Vermögens zum Theil verboten, zum Theil gelassen, und ihm also in Ansehung der letztern ein neuer Spielraum zur Verschwendung gegeben. Wo ist ein solcher Unterschied in den Gesetzen zu finden? Sie konnten aber auch ohnmöglich einen solchen Unterschied machen, weil sie ja demjenigen, welchen sie wegen der Verschwendung unter die Curatel zu setzen verordnen, nicht die Verwaltung eines Theils seines Vermögens gestatten, und ihm dadurch neue Veranlassung zur Verschwendung geben können, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen. Ohnehin wird gewöhnlich nur erst dann zu dem Mittel der Prodigalitäts-Erklärung geschritten, wenn es mit der Verschwendung schon so weit gediehen ist, daß das noch übrige Vermögen nur

8) S. Brissonius de Verbor. Signific. voc. *Interdicere* Der Ausdruck bona bezeichnet überhaupt und ohne weitere Bestimmung immer ein ganzes Vermögen, und begreift daher auch bona postea quaesita unter sich. *L.* 208. *D. de Verbor. Signif. L.* 1. *pr. D. de pignorib.*

gleichsam noch, wie aus dem Schiffbruche, gerettet wird. Durch Erbschaften, Vermächtnisse, und Schenkungen, welche dem prodigus zufallen, könnte aber seinem zerrütteten Vermögen wieder aufgeholfen werden. Welches Gesetz könnte also erlauben, solche dem Prodigus in die Hände zu geben, um auch diese zu verschwenden? Eine zweyte Prodigalitäts-Erklärung wegen des nachher noch von dem Verschwender erworbenen Vermögens, läßt sich freilich nicht annehmen, sie ist aber auch nicht nöthig, indem die Interdictionsformel dem Verschwender überhaupt die Disposition über sein Vermögen, und, wie Ulpian[9]) sagt, das Commercium untersagt. Deswegen kann er auch weder testiren[10]), noch alieniren[11]), quia in bonis ius non habeat[12]). Er kann sich also auch über das nachher noch erworbene Vermögen keine Disposition anmaßen.

§. 1393.
Cura voluntaria.

Auf Verlangen werden von der Obrigkeit Curatoren gegeben den Blödsinnigen, den Tauben und Stummen, den Gebrechlichen, und denen, die an einer immerwährenden Krankheit leiden, sofern sie nicht selbst ihren Geschäften vorstehen können[13]).

9) *Fragm. Tit. XX.* §. 13.

10) §. 2. *J. Quibus non est permissum fac. testam. L.* 18. *pr. D.* Qui *testam. facere possunt.*

11) *L.* 10. *pr. D. h. t.*

12) S. §. 1390. g. not. 33. S. 189. f.

13) §. 4. *J. h. t. L.* 8. §. 3. *L.* 12. *pr. de tutorib. et curat. datis. L.* 2. *D. h. t.* S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 14. 17. et. 18.

Der Blinden geschieht zwar in den Gesetzen ausdrücklich keine Erwähnung, es hat indessen keinen Zweifel, daß auch sie auf Verlangen einen Curator erhalten können, wenn sie wegen dieses Gebrechens ihren Geschäften nicht wohl vorzustehen im Stande sind[14]).

§. 1394 — 1396.

Deutsche Geschlechtsvormundschaft.

Auch die Geschlechtsvormundschaft, welche jedoch nicht Justinianeischen, sondern blos deutschen Rechts ist, rechnet Hellfeld zu den besondern Arten der freywilligen Curatel. Dieß ist aber nur insofern wahr, als sich eine Frauensperson bey Eingehung eines rechtlichen Geschäfts ihren Vormund selbst wählen, und solchen auch wieder entlassen kann. Dieser Fall tritt jedoch nur bey unverheyratheten Frauenspersonen ein, denn verheyrathete stehen in den Ländern, in welchen diese Vormundschaft besteht, unter der natürlichen Vormundschaft ihres Ehemannes, und sie können nur insofern einen andern Vormund wählen, als der Ehemann selbst bey dem Geschäft der Frau betheiligt ist. Nothwendig aber ist die Curatel des weiblichen Geschlechts insofern, als in den Ländern, wo sie eingeführt ist, eine Frauensperson ohne Zuziehung ihres Vormundes rechtliche Geschäfte, sofern nicht eine Ausnahme Statt findet, nicht gültig vornehmen kann. Der von der Frauensperson gewählte Beystand muß jedoch von der Obrigkeit bestätiget werden, und eine solche Geschlechts-

14) S. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 20. in fin. und Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreit. Rechtssachen. 1. Th. §. 40.

vormundschaft wird eine *cura sexus dativa* genannt. Nur der Ehemann bedarf keiner besondern obrigkeitlichen Bestätigung, dieser kann schon, als solcher, bey den Rechtsgeschäften seiner Frau gültig seine Einwilligung ertheilen. Diese eheliche Vormundschaft ist daher, und zwar nur diese allein, eine gesetzliche Geschlechtsvormundschaft, cura sexus *legitima*. Der Geschlechtsvormund hat nun mit der Vermögensverwaltung gar nichts zu thun, sondern wird einer schon großjährigen Frauensperson nur in der Absicht gegeben, um ihr bey ihren gerichtlichen sowohl als außergerichtlichen Rechtsgeschäften, bey denen ihr ein Curator nöthig ist, mit seinem Rathe beyzustehen, und durch seine Einwilligung denselben Gültigkeit zu verschaffen. Zu gerichtlichen Geschäften ist die Zuziehung eines kriegerischen Vormundes, oder Kriegsvogts, wie er hier genennt wird, immer nothwendig, zu den außergerichtlichen aber in der Regel nur, insofern sie eine Veräußerung von Immobilien enthalten, und auch bey diesen nur dann, wenn die Veräußerung aus Willkühr, und nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit geschieht; wogegen sie zur Errichtung eines Testaments keines Beystandes bedarf. Ist ein Rechtsgeschäft, wozu der Beystand des Geschlechtsvormundes erforderlich war, von einer Frauensperson ohne dessen Zuziehung vorgenommen worden; so ist es ungültig, und die Frau sowohl, als ihr Erbe, ja auch der Bürge hat das Recht, dasselbe anzufechten, denn es wird nur in Hinsicht der Frauensperson als unverbindlich betrachtet. Sie muß nur nicht betrüglich gehandelt haben, oder ihr nicht etwa selbst, ihres eigenen Vortheils wegen, an der Aufrechterhaltung des Geschäfts gelegen seyn. Denn der Andere

bleibt ihr in diesem Falle verbindlich, so daß also ein solches ohne Beytritt eines Curators von ihr geschlossenes Geschäft als ein **negotium claudicans** betrachtet wird. Da der Geschlechtsvormund nur Rathgeber seiner Curandin ist, so ist er nach den Regeln eines ertheilten Raths nur in sofern verantwortlich, als ein Rathgeber verantwortlich ist[15]); sonst haftet der Curator weder der Frauensperson noch einem Dritten[16]). Für sich allein, und ohne Zuziehung seiner Curandin kann jedoch der Geschlechsvormund nicht gültig handeln. Die Kauf- und Handelsfrau bedarf aber in Handelsgeschäften, so wenig wie die Hausfrau in ihren häuslichen Angelegenheiten, eines Curators. Auch in Ehesachen, sie betreffen die Eingehung oder Aufhebung der Ehe, kann eine Frauensperson sich ohne Curator verbindlich machen.

Ein Geschlechtsvormund wird übrigens entweder für alle seines Beystands bedürfende Rechtsgeschäfte der Frauensperson, oder nur für ein einzelnes Geschäft bestellt. In jenem Falle wird er ein allgemeiner, in dem letzern aber ein besonderer Curator genennt. Jener muß von dem ordentlichen Richter des Wohnorts bestätiget werden, welches nach angelobter Treue und mittelst eines Decrets geschieht. Letztern kann auch der Richter des Orts bestellen oder bestätigen, wo das Geschäft vorgeht. Ein Zwang, die übertragene Curatel zu übernehmen, findet hier nicht Statt, wenn sich der ernannte Vormund dazu nicht freywillig versteht, er kann auch zu jeder Zeit sein Amt niederlegen.

15) S. den 15. Th. des Commentars §. 960. S. 366. f.
16) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 713.

Dieses Wenige genüge hier von einer Rechtslehre, welche eigentlich für die Pandecten gar nicht gehört, sondern blos deutschen Rechts, und nicht einmal gemeinen deutschen Rechts, auch schon von Andern[17]) hinlänglich bearbeitet worden ist, blos darum, weil sie Hellfeld einmal zur Sprache gebracht hatte, gesagt zu haben.

§. 1397.

Curatel über das Vermögen der Abwesenden, nach römischen und deutschen Rechten.

Unter den oben[18]) angeführten verschiedenen Arten

17) Man vergleiche von den ältern *Joach.* Wibel Tr. de contractibus mulierum. *Stuttg.* 1651. 4. *Jo. Henr.* Berger Diss. de curatoris necessitate in actis mulierum (in ejus *Dissertatt.* nr. X.) *Tob. Jac.* Reinharth Diss. sist. genuinas curae sexus et aetatis differentias. *Erford.* 1728. *Aug. a* Leyser de curatore mulieris. (in *Meditationib. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCL.) *Jo. Andr.* Hoffmann Diss. de cura mulierum. *Jenae* 1746. *Jo. Gottl.* Heineccius de marito tutore et curatore uxoris legitimo, (in *Opusculor. varior. Syllog.* Hallae 1735. 4. Exercitat. XXIV. pag. 811. sqq.) Von den neuern Ernst Christ. Westphals deutsches und reichsständ. Privatrecht. 2. Th. Abh. 50. S. 106. ff. Carl Ludw. Christph. Röslins Abhandl. von besondern weiblichen Rechten. 1. Bd. 2. Buch. 4. Absch. S. 123—238. und 2. Bd. 3. Buch 2. Absch. S. 260—276. Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 632. S. 165—183. Eichhorns Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 290. ff. Mittermaiers Grundſ. des gemeinen deutsch. Privatrechts §. 380. f. S. 697—702. der 3. Ausg. Georg Phillips Grdſ. des gemein. deutsch. Privatrechts (Berlin 1829.) 1. Bd. §. 28. S. 350—383. und Haubold Lehrb. des Sächſ. Privatrechts. §. 153—162.

18) S. §. 1390. a. S. 117.

einer bloßen Realcuratel zeichnet sich die Curatel über das Vermögen der Abwesenden[19]) vorzüg-

19) Die hierher gehörigen Schriften sind vorzüglich *Burckh.* Bardili Curator bonorum absentis. *Tübingae* 1667. *Jo. Ge.* Simon Diss. de curatore diu absentis, de cuius vita dubitatur. *Jenae* 1672. (in *praesid. academ.* T. II. pag. 871. sqq.) *Isr.* Rosenfeld Diss. de administratione bonorum absentis proximis successoris competente. *Erfordiae* 1712. *Ge. Henr.* Linck Disquis. quaestionis: Quando absens habeatur pro mortuo? *Altdorfii* 1727. *Conr. Wilh.* Strecker Diss. de nullitate alienationis hereditatis absentis ante tempus legitimum a curatore factae. *Erford.* 1735. *Christph. Lud.* Crell Quando curator absentis heredes aeque propinquos a successione excludat? *Vitemb.* 1737. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. *Jo. Rud.* Engau Commentat. de cura absentium. *Jenae* 1753. *Lud. Conr.* Smalcalder (oder *Jac. Frid.* Stockmaier) Diss. de illo, quod iustum est circa eos, qui disparuerunt, vom Recht der Verschollenen. *Tubingae* 1758. *Christ. Frid. Imman.* Schorch Meditationes, in quibus praecipua capita doctrinae de cura bonorum absentis examinantur. *Lipsiae et Francof.* 1761. 4. *Christ. Henr.* Breuning Diss. de iure bonorum absentis. *Lipsiae* 1766. *Jo. Frid.* Piel Diss. de translatione bonorum absentis vel probata morte, vel praesumta demum efficaci. *Goetting.* 1768. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 84. *Jo. Ad. Th.* Kind Diss. de successione in bona absentium. *Lipsiae* 1776. *Ge. Steph.* Wiesand Diss. de cura bonorum absentis. *Vitemb.* 1782. *Henr. Christ.* Motz Selecta capita doctrinae de cura bonorum absentis. *Marburgi* 1785. und *Eman. Rud.* Frey Diss. iuris civ. Bernens. de cura bonorum absentis. *Heidelberg.* 1819. Außerdem haben von dieser cura noch gehandelt Joh. Aug. Donndorf in der Samml. jurist.

lich aus, von welcher daher hier noch besonders zu handeln ist. Um jedoch den juristischen Standpunct, von welchem aus diese Lehre zu beurtheilen ist, näher zu bestimmen, muß das System des römischen Rechts von dem des deutschen Rechts wohl unterschieden werden. Denn beyde Rechtssysteme weichen hier sehr von einander ab. Vorläufig müssen wir jedoch bemerken, daß bey der Curatel über das Vermögen der Abwesenden zweyerley vorausgesetzt wird, nämlich 1) es muß ungewiß seyn, ob der Abwesende noch lebt, oder todt ist; denn nur in diesem Falle sagt man eigentlich, daß Jemand verschollen sey[20]. 2) Der Abwesende

Abhandlungen Nr. 10. und 11. Carl Lud. Christph. Röslin in den krit. Versuchen über Recht und Unrecht. Nr. 3. Gottfr. Christ. Voigt Abhandlungen über einzelne Gegenstände des Rechts und der Gesch. Nr. 2. Joh. Christ. von Quistorp rechtl. Bemerkungen 1. Th. Nr. 16. Carl Ge. von Zangen Beyträge zum deutschen Recht. 2. Th. S. 67—142. Gmelin und Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 4. Bd. Nr. 10. b. u. Nr. 11. Christ. Heinrich Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der Civilrechtsgelahrtheit. 1. Bd. Betracht. 23. Joh. Ad. Seuffert Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts. 1. Abth. Nr. IX. S. 53. und 54. Gottfr. Phil. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts. 1. Th. Nr. 12. F. C. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen über verschied. Rechtsmaterien. 1. Th. Nr. XIII. 3. S. 338. ff. und B. W. Pfeiffer pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 2. Bd. Nr. V. S. 236 — 262. Man vergl. auch Curtius sächsisch. Civilrecht. Th. 1. S. 380.

20) Ueber die Etymologie des Worts verschollen s. *Laur. de*

muß keinen Bevollmächtigten hinterlassen haben, dem er die Verwaltung seines Vermögens übertragen hat. Hier kann von der Bestellung eines Curators keine Rede seyn, sondern die allgemeinen Grundsätze von der Bevollmächtigung zur Verwaltung fremder Güter kommen hier zur Anwendung [21]).

Soviel nun zunächst das röm. Recht betrifft, so ist die Curatel über das Vermögen eines Abwesenden eine bloße **cura dativa**, welche von der Obrigkeit, deren Gerichtsbarkeit der Abwesende entweder wegen seines darunter gelegenen Vermögens, oder weil er dort seinen Wohnsitz hat, für seine Person unterworfen ist [22]), angeordnet wird. Die römischen Gesetze [23]), welche von dieser Curatel sprechen, gedenken zwar nur hauptsächlich des Falles, wenn ein römischer Bürger in feindliche Gefangenschaft gerathen war. Denn da ein solcher Bürger in diesem Zustande keinen Procurator haben konnte [24]);

Westenrieder Glossar. Germanico-Latin. Voc. *Verschollener*.

21) S. *Christ. Gottl.* Riccii Spicileg. iuris Germ. §. 482. Motz Diss. cit. de cura bonor. absentis. §. 3. und Schweppe römisches Privatrecht 1. Bd. §. 209. u. 210. (nach der 4. Ausg. Göttingen 1828.)

22) Bardili de curat. bonor. absentis. Cap. III. Th. 7. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 707.

23) *L.* 15. *pr. D. Ex quib. caus. maior. L.* 6. §. *ult. in fin. D. de tutel. L.* 6. §. 2. *D. Quib. ex caus. in possess. eat. L.* 1. §. *ult. D. de munerib. L.* 3. et *L.* 4. *Cod. de postlim. revers.* (VIII. 51.) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 23. §. 7.

24) *L.* 15. *pr. D. Ex quib. caus. maiores*: quia nec procuratorem habere possunt.

so mußte durch Bestellung eines Curators dafür gesorgt werden, daß das Vermögen desselben nicht während der Gefangenschaft zu Grunde gieng, oder Andern zum Raube wurde [25]). Gerade aus diesem Grunde wurde aber diese Curatel auch auf andere Abwesende erstreckt, von deren Leben und Schicksal man nichts erfahren konnte. Daher wird in den Gesetzen der **Curator absentis** als verschieden von dem Curator eines **ab hostibus capti** gedacht [26]). Um die Anordnung dieser Curatel mußten diejenigen bitten, denen daran gelegen war [27]), z. B. die künftigen Erben, oder auch die Gläubiger [28]). Der Curator brauchte aber nicht nothwendig aus den Verwandten des Abwesenden genommen zu werden, denn die **cura bonorum absentis** war keine **legitima cura**, sondern

25) *L.* 6. §. *ult. D. de tutelis.* Curator substantiae dari debet, *ne in medio pereat. L.* 3. *C. de postlim. revers.* (VIII. 51.) et bona eorum fraudibus diversae partis dissipari. *L.* 33. §. 2. *D. de procurator.* Publice utile est, ne absentes indefensi relinquantur.

26) So z. B. sagt Ulpian *L.* 22. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* (XLII. 5.) Sed si bonis curator datus est vel *absentis*, vel *ab hostibus capti*, etc. S. Bardili Curator bonorum absentis. Cap. III. Th. 5.

27) *L.* 3. *C. de postlim. revers.* Impp. Diocletian. et Maximian. Varo. Cum cognatos tuos nondum postliminio reversos adfirmes, sed adhuc in rebus esse humanis, et bona eorum fraudibus diversae partis dissipari: *interpellatus Rector provinciae providebit eum sub observatione consueta constituere*, qui stipulante servo publico satis idonee dederit.

28) *L.* 6. §. 2. *L.* 8. *D. Quib. ex caus. in possession. eat.* (XLII. 4).

der Magistrat bestellte den Curator ohne Rücksicht auf Verwandtschaft. Diese Curatel ist also nach dem röm. Rechte nicht anders, als eine gewöhnliche Realcuratel, die dem Curator als **munus personale** übertragen wird, und daher allen denjenigen Bestimmungen und Beschränkungen unterliegt, welche von einer solchen Realcuratel gelten. Nach dem röm. Rechte können daher nur solche Personen dazu gelangen, welche die subjective Fähigkeit haben, zu Vormündern bestellt zu werden. Eben so blieben auch die Römer in Ansehung der Erbfolge in das Vermögen eines Abwesenden streng bey dem Grundsatz stehen, daß ein Erbrecht nur da Statt finden könne, wo gewiß ist, daß der Erblasser gestorben sey [29]). Die Gesetze derselben erfordern daher den Beweis des Todes selbst in Fällen, wo das Leben oder Tod des Abwesenden noch ungewiß ist, und verordnen ausdrücklich, daß derselbe gar nicht soll beerbt werden können, so lange diese Ungewißheit dauert [30]). Denn auch in dem Falle,

29) *L.* 19. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* (XXIX. 2.)

30) *L.* 4. *C. de postlim. revers.* Impp. Diocletian. et Maximian. Hermogeni et aliis. Nec nos praeteriit, hereditatem eius, quam incognitum erat ab hostibus interfectam, an captam esse, a filio adiri non potuisse, quoniam eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, *eo demum tempore successionis iure acquiri possunt, cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur.* Nec super facultatibus eius, *cuius incerta vita ac fortuna fuit,* transigi vel iudicari potuit. *Unde posteaquam apud hostes materteram vestram fati munus implesse innotuit: tunc vobis licentia permittitur adgnoscendae per bonorum possessionem successionis:* non officientibus enim his, quae perperam gesta

da Jemand verschollen ist, hat das röm. Recht keine Vermuthung für das Verstorbenseyn, als höchstens nach zurückgelegtem hundertsten Jahre, **quia is finis vitae longaevi hominis est**[31]).

Von diesen Grundsätzen des röm. Rechts weicht nun das deutsche Recht, welches sich durch einen weit verbreiteten Gerichtsgebrauch gebildet hat[32]), in mehreren Puncten wesentlich ab, so daß daher diese Curatel als eine **cura prorsus irregularis** betrachtet wird, welche nur sehr uneigentlich **cura** genennt werde[33]). Die besondern Eigenthümlichkeiten dieses deutschrechtlichen Instituts, wie solche durch den Gerichtsgebrauch ihre Bestimmung erhalten haben, bestehen darin[34]).

sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis compendium ad vos pertinet.

31) *L.* 56. *D. de usufr. L.* 8. *D. de usu et usufr. legat.* (XXXIII. 2.) *L.* 23. *C. de SS. eccles.* (I. 2.) S. Schweppe röm. Privatrecht. 1. B. §. 61. S. 148. f. (der 4. Ausg.)

32) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. XV. Defin. 48. nr. 2. sagt: *Generali multorum locorum consuetudine obtinuit.* Man sehe vorzüglich Schorch Meditation. §. 3.

33) So nennen sie Leyser Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. medit. 7. pag. 344. Brokes Select. Observation. forens. Obs. V. §. 32. Schorch Meditation. cit. §. 4. in fin. und Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 84. §. 2. sagt: Ea quidem *proprie* cura non est.

34) Am vollständigsten sind diese Eigenthümlichkeiten der deutschrechtlichen cura absentium dargestellt in Pfeiffers pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissensch. 2. Bd. S. 240. ff.

1) Das rechtliche Fundament dieser Curatel beruht auf einem präsumtiven Erbrechte, und dem eigenen Interesse, welches diejenigen, denen jenes zusteht, bey der Erhaltung des von dem Abwesenden zurückgelassenen, und sobald dessen Ableben nachgewiesen, oder rechtlich vermuthet werden kann, ihnen gesetzmäßig zufallenden Vermögens haben [35]). Daher haben die nächsten Verwandten und präsumtiven Erben des Verschollenen ein vorzügliches Recht zu dieser Curatel, und schließen jeden Andern aus. Sie wird daher als eine *legitima* cura betrachtet, in sofern sie den nächsten Verwandten vermöge eignen Rechts zusteht, und zur Sicherstellung eventueller Erbansprüche geltend gemacht und ausgeübt wird [36]). Sie ist nur

35) *Ben.* Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 48. Respons. iur. Lib. V. Resp. 83. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ad Christinaei Decision. Vol. III. Obs. 35. nr. 3. pag. 55. *Christ. Gottl.* Riccius Spicileg. iuris German. §. 484. pag. 635.

36) Rosenfeld Diss. cit. de administratione bonor. absentis proximis successuris competente, und Smalcalder Diss. de illo, quod iustum est circa eos, qui disparuerunt. §. 12—15. Ein gleiches Recht wird von mehreren Rechtsgelehrten auch den Testaments- und Vertragserben selbst vor den gesetzlichen Erben eingeräumt. S. Lyncker Cent. I. Decis. 40. Engau Diss. de cura absentium. Not. f. Schott Diss. de citatione edictali in hereditatis ob mortem praesumtam petitione iure Saxon. elect. praescripta. *Lipsiae* 1791. 4. Cap. II. §. 4. pag. 45. und *Christ. Gottl.* Haubold ad Bergeri Oecon. iuris. Tom. I. Lib. I. Tit. IV. Th. 6. Not. 11. Obs. r. p. 191. So erkannte auch das Ober-Appellationsgericht zu Hessen-Cassel in *de* Cannegiesser Collect. Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CXXXXI. nr. 8. pag. 597. Diese Meinung hat für sich, daß das gesetzliche Erbrecht

dann eine Dativ-Curatel, wenn entweder keine präsumtive Erben vorhanden sind, oder die vorhandenen von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen wollen, woraus jedoch für sie kein Nachtheil in Rücksicht ihres künftigen Erbrechts erwächst[37]). Es muß aber der Abwesende zuvor durch Edictalien unter Androhung des Rechtsnachtheils, hinsichtlich seines vorhandenen Vermögens für todt erklärt zu werden, vorgeladen werden[38]), denn erst nach dem Verlaufe des Termins kann eine solche Curatel verfügt werden. Bis dahin kann eine

nicht eintritt, wenn ein Testamentserbe da ist. Sie ist auch in mehreren Gesetzgebungen gebilliget, z. B. im allgem. Preuß. Landrechte 2. Th. 18. Tit. §. 26. und Hohenlohischem Landrecht 5. B. Tit. 1. §. 24. Daß dieses auch dem Baierischen Landrechte gemäß sey, behauptet von Kreittmayr in den Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. §. XXXIX. Nr. 6. Man sehe auch *Cod. Napoleon*. Art. 123. und von Maleville Commentar. 1. Bd. ad h. Artic. Man vergleiche jedoch Schorch Meditat. de cura bonor. absentis §. XVII.

37) Denn von einer Repudiation der Erbschaft kann so lange gar keine Rede seyn, als die Erbschaft nicht angetreten werden kann. *L. 5. D. de acquir. vel omitt. heredit.* Eine Entsagung wird aber ohnehin nicht vermuthet. Man vergleiche vorzüglich Crell Diss. cit. Quando curator absentis etc. §. VII. und Motz Diss. cit. de cura bonor. absentis. §. 9.

38) S. vorzüglich von Bülow Beytrag zur Lehre von der Legitimation zu der Erbfolge in das Vermögen eines Verschollenen. §. 3. (in Desselben Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 286. ff)

gewöhnliche Dativ-Curatel eintreten[39]). Hiernach bestimmt sich nun auch

2) die rechtliche Beschaffenheit dieser deutschrechtlichen Curatel, welche nach der Praxis in einer vorläufigen und fürsorglichen Besitznahme einer künftigen präsumtiven Erbschaft unter der resolutiven Bedingung der Restitution, wenn der Abwesende wieder erscheinen, oder ein näherer Erbe zur Zeit des definitiven Erb-Anfalls sich finden sollte, besteht[40]). Die zufolge der fürsorglichen Einweisung dem nächsten präsumtiven Erben zustehende gesetzliche Verwaltung ist demnach keine gemeine Curatel. Pufendorf[41]) nennt sie eine **successio conditionalis, quae pura fit, si absens non redierit,** und Carpzov[42]), dem hierin mehrere Practiker[43]) gefolgt sind, bezeichnet sie, als eine custo-

39) S. Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutsch. Privatrechts. §. 379.

40) S. Riccius Spicileg. iuris Germ. §. 482 nr. 3. pag. 633. von Bülow Abhandlungen. 1. Th. Nr. XII. S. 283. und S. 285. Voigt's Abhandlungen Nr. II. S. 46. f. besonders Pfeiffer's pract. Ausführungen. 2. B. Nr. V. S. 241.

41) Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 84. §. 2.

42) Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 48. und Respons. iur. Lib. V. Resp. 83. nr. 11.

43) Schilter Prax. iuris Rom. Exerc. XV. §. 73. *Just. Henn.* Boehmer Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 622. nr. 6. pag. 916. *Jo. Balth.* a Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 356. nr. 2. pag. 357. P. V. Obs. 22. nr. 3. pag. 996. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observat. ad *Christinaeum.* Vol. III. Obs. 35. nr. 5. pag. 55. *Pet.* Müller ad *Struvium* Tom. I. Exercit. X. Th. 66. not. γ. pag. 658. Bandeli curator

dia et praematura successionis occupatio. Dieses System ist zwar von mehreren[44]) aus dem Grunde bestritten worden, quia viventis nulla successio est; allein es läßt sich dieser allerdings nicht unerhebliche Zweifel, zur Aufrechterhaltung der Praxis, dadurch beseitigen, daß man sagt, es sey ja hier von keiner schon zur Zeit der Uebernahme der sogenannten Curatel über das Vermögen des Verschollenen definitiv erfolgten Erbfolge die Rede, indem das Vermögen im Falle des Wiedererscheinens des Abwesenden diesem, oder wegen Nachweisung eines bessern Erbrechts demjenigen, welcher dieses ausgeführt hat, restituirt werden müsse, woraus sich also die vorherige Unstatthaftigkeit irgend einer Succession von selbst ergebe[45]). Es scheint demnach nur der von einigen Rechtsgelehrten gebrauchte Ausdruck einer *successio anticipata* unpassend zu seyn, denn daß diese deutschrechtliche Curatel gleichwohl eine wesentliche Beziehung auf die künftige Succession des Verschollenen habe, können selbst diejenigen nicht in Abrede

bonor. absentis. Cap. IV. Th. II. Crell Diss. cit. §. 3. Schorch Meditation. cit. §. 4. u. m. a.

44) Motz cit. Diss. de cura bonor. absentis. §. 8. Kind Diss. cit. de success. in bona absentium. §. 5. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 707. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. Bd. 7. S. 623. S. 184. *Jo. Christph.* Koch Diss. Utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc; als Auctar. II. Successions. ab intestato civ. pag. 225. (edit. VII. *Giessae* 1790. 8.) S. auch den 7. Th. des Commentars. §. 562. S. 497.

45) S. Pfeiffers pract. Ausführungen 2. B. S. 241. f. vergl. auch Crell Diss. cit. §. 5.

stellen, welche eine successio anticipata mit Recht verworfen haben. Die große Verschiedenheit unserer deutschrechtlichen cura absentium von einer gewöhnlichen cura bonorum äußert sich ferner

3) in Ansehung der Subjecte, welchen dieselbe übertragen wird. Denn wenn jene nur solchen Subjecten übertragen werden kann, welche die persönliche Fähigkeit, eine Vormundschaft zu führen, besitzen, so kommt es hierauf bey dieser gar nicht an, weil hier blos auf das durch präsumtives Erbrecht begründete eigene Interesse desjenigen geschehen wird, welcher auf diese Curatel Anspruch macht. Der nächste Erbe gelangt also zu deren Uebernahme, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob er eine Vormundschaft zu führen im Stande sey, oder nicht [46]). Daher können auch diejenigen zu dieser Curatel gelangen, die selbst unter der Vormundschaft stehen, z. B. Unmündige, Minderjährige, Blödsinnige, in welchem Falle denn, wie sich von selbst versteht, die ihnen deferirte cura absentis von den Vormündern verwaltet wird, welche deren eigene Geschäfte zu besorgen haben [47]). Es tritt hier die unbedingte Regel ein: *Quo*

46) Carpzov P. III. Const. XV. Def. 48. nr. 8. Leyser Specim. XCVII. medit. 1. et 2. Stryck Us. mod. Pand. Lib. XLII. Tit. 7. §. 4. Reinharth ad *Christinaeum*. Vol. III. Obs. 35. nr. 7. Orell Diss. cit. Quando curator etc. §. 3. Voigt Abhandl. S. 47. Hofacker c. l. §. 707. und Danz a. a. O.

47) Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXX. medit. 4. Carpzov Resp. iur. Lib. V. Resp. 83. nr. 12. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 22. Reinharth c. l. nr. 7. *Christ. Gottl.* Riccius Spicileg. iuris German. Lib. I. Tit. 28. ad §. 484. pag. 635.

quis propior est ad successionem, eo quoque propior est ad suscipiendam hanc curam[48]). Hieraus folgt, daß ein schon bestellter Dativ-Curator, selbst wenn er ein Verwandter wäre, dem nächsten Präsumtiv-Erben weichen muß, wäre auch kein anderer Grund, als der des nähern Erbrechts, vorhanden[49]). Gleich nahe Verwandte haben also zu dieser Curatel ein gleiches Recht[50]). Mehrere Rechtsgelehrten[51]) sind zwar der Meinung, daß wenn einmal dem nächsten Erben die Curatel übertragen worden, andere nicht weiter zugelassen würden, wenn sie auch in gleichem Grade verwandt wären. Allein mit Recht ist diese Meinung von Andern[52]) verworfen worden. Denn geht man von

CRELL c. D. §. 3. Verb. *Ad quemcunque.* ENGAU Diss. de cura absentium. pag. 5. HOFACKER c. l. Danz a. a. O.

48) S. WIESAND Diss. cit. de cura bonor. absentis. §. VI.

49) BARDILI Diss. Curator. bonor. absentis Cap. IV. Th. 12. SCHORCH cit. Meditation. de cura bonor. absentis. §. 4. pag. 6. REINHARTH c. l. nr. 3. MOTZ cit. Diss. §. 5.

50) RICHTER Decis. LXV. nr. 5. ENGAU Diss. cit. §. *Quodsi* pag. 4. sq. SCHORCH Meditation citt. §. IV. pag. 6.

51) CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 49. nr. 4. *L. B. a* WERNHER Select. Observation. forens. Tom. I. P. II. Obs. 356. nr. 3. et 4. REINHARTH select. Observation. ad *Christinaeum.* Vol. III. Obs. 35. nr. 9—12. CRELL Diss. cit. Quando curator absentis heredes aeque propinquos a successione excludat. §. VIII. und RICCIUS Spicileg. iuris German. §. 483. pag. 634.

52) *Aug.* a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. medit. 6. SCHORCH Meditat. citt. §. 4. pag. 6. und Danz Handb. Th. VII. S. 185. So erkannte auch die Göttinger Juristen-Facultät in Se. Lud. Böhmers aus-

dem allgemein anerkannten Grundsatz aus, daß das rechtliche Fundament dieser Curatel lediglich in der Nähe des präsumtiven Erbrechts besteht, so folgt daraus nothwendig, daß der zum Curator bestellte vermeintlich nächste Präsumtiv-Erbe nicht nur, wenn in der Folge ein näherer Erbe seinen Anspruch geltend macht, diesem die Curatel abtreten, sondern auch, wenn sich Andere gleich nahe Verwandten melden, dieselben daran Theil nehmen lassen müsse[53]).

erlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 1. Abth. Resp. 176. Nr. 8. S. 4.

53) S. Pfeiffers angef. pract. Ausführungen. 2. Bd. S. 244. Eine Präclusion der sich nachher meldenden präsumtiven Erben ließe sich nur dann denken, wenn diejenigen, welche auf diese Curatel Anspruch machen können, unter Androhung dieses Nachtheils wären vorgeladen worden, und sich nicht vor dem Termin gemeldet hätten. Denn hier ließe sich sagen: Imputent sibi, quod non vigilaverint, et tacuerint, aliique curam deferri passi fuerint. Auf die künftige Erbfolge in die Verlassenschaft des Verschollenen selbst, indem von der wirklichen Succession noch zur Zeit gar nicht die Frage ist, hat indessen diese Präclusion, als welche nur die Curatel allein angeht, keinen nachtheiligen Einfluß, weil Niemand zur Uebernehmung dieser Curatel genöthiget wird. Denn sie ist kein munus publicum, sondern vielmehr ein Recht, eine Wohlthat. Die Entsagung des Rechts zur Curatel schließt also noch keinen Verzicht auf die künftige Erbschaft selbst in sich. S. Engau Diss. de cura absent. pag. 5. Riccius Spicileg. §. 483. in fin. Smalcalder Diss. de his, qui disparuerunt. §. 20. besonders Motz Diss. de cura bonor. absentis §. 9.

§. 1397. a.

Fortsetzung. Ist die Curatel der Abwesenden nach D. Rechten erblich?

Einen eigenthümlichen Unterschied der heutigen cura bonorum absentis von einer gewöhnlichen Realcuratel wollen mehrere [54]) auch 4) darin gefunden haben, daß jene erblich seyn soll, und von dem ersten Vormund auf seine Erben, als ein der Erbschaft selbst anklebendes Recht, übertragen werde, wenn sie gleich nicht durch die gesetzliche, sondern testamentarische Erbfolge zur Erbschaft berufen werden. Andere [55]) hingegen beschränken diese Erblichkeit der Curatel dahin, daß sie nur so zu verstehen sey, wenn die Erben des verstorbenen Curators ebenfalls Verwandte sind. Denn wären diese extranei heredes, sie mögen nun entweder Testaments- oder Intestaterben seyn; so seyen diese den Verwandten nicht vorzuziehen. Allein diese Ansicht hat offenbar die jetzt allgemein als unrichtig anerkannte Idee einer successio anticipata, wodurch schon ein definitives Erbrecht erworben worden, zum Grunde, und wird daher von den meisten Rechtsgelehrten [56]) mit Recht verworfen. So-

54) Richter P. III. Decis. LXV. nr. 7. et 17. Müller ad *Struvium*. Tom. I. Exercit. X. Th. 66. not. γ. Nr. IX. Crell Diss. cit. §. VI. Voigt von der deutschen Vormundschaft und Verwaltung der Güter der Verschollenen, in Desselben angeführten Abhandlungen Nr. 2. S. 48.

55) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 49. et 50. Reinharth Select. Observat. ad Christinaeum. Vol III. Obs. 35. nr. 9. et 10. Engau Diss. cit. pag. 7.

56) Bardili Diss. de curatore bonor. absentis Cap. VIII. Th. 42. et 43. Smalcalder Diss. de illo, quod iustum

lange der Verschollene noch nicht für todt erklärt werden kann, wird angenommen, er lebe noch. Es kann also auch von keiner Erbschaft die Rede seyn, die mit der Curatel angetreten, und auf die Erben des Curators transmittirt werde. Sind die Erben des Curators gerade die nächsten Verwandten des Verschollenen, so fällt zwar die Curatel an diese, aber nicht als Erben des verstorbenen Curators, sondern als die nächsten Verwandten des Verschollenen. Sind sie es nicht, so müssen sie die Curatel denen überlassen, die nun die nächsten Verwandten sind, und sind gleich nahe Verwandte vorhanden, so können sie sich nicht weigern, die Verwaltung mit denselben zu theilen[57]).

§. 1397. b.

Pflichten des Curators bey Uebernehmung der cura absentis. Errichtung eines Inventars, Cautionsleistung.

Dagegen zeigt sich aber 5) eine nicht unerhebliche Eigenthümlichkeit dieser Curatel in Ansehung der Bedingungen bey Uebernahme derselben. Daß der Curator a) verbunden ist, vor allen Dingen für die Fertigung eines genauen Inventars über das Vermögen des Abwesenden, als genügende Grundlage einer

est circa eos, qui disparuerunt. §. 33. Wiesand Diss. de cura bonorum absentis. §. VIII. Hommel Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. I. Obs. 107. nr. 4. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. §. 709. und Pfeiffer von der teutschrechtlichen Curatel über das Vermögen der Abwesenden, in Desselben pract. Ausführungen. 2. B. S. 244. f.

57) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. med. 6. und Hofacker Princip. Tom. I. §. 707. not. d.

möglichen dereinstigen Verbindlichkeit zur Rechnungs-Ablegung, Sorge zu tragen, ist zwar nichts Besonderes. Denn dieß findet auch bey jeder andern Curatel Statt und liegt auch hier schon in der mit der Uebernahme des Vermögens verknüpften Bedingung eventueller Restitution[58]). Jedoch ist dabey dem Curator die Vorsicht zu empfehlen, daß er in dem Inventar zugleich bemerken lasse, in welchem Zustande sich die Sachen, besonders die Gebäude, zur Zeit der übernommenen Administration befunden haben, um nicht dereinst bey der Herausgabe des Vermögens, entweder wegen des schlechten Zustandes, in welchem sich vielleicht die Sachen, besonders die Gebäude und Grundstücke, befinden, oder wegen der auf die Ausbesserung derselben verwendeten Kosten in verdrießliche Prozesse verwickelt zu werden[59]). Allein mit mehrerem Grunde kann b) die unbedingte Verpflichtung zur Cautionsleistung, als dieser Curatel eigenthümlich, betrachtet werden, welche hier um so nothwendiger erscheint, weil dem Abwesenden keine gesetzliche Hypothek auf dem Vermögen seines Curators zusteht[60]). Für diese Cautionsleistung hat die Obrig-

58) S. Pfeiffer a. a. O. S. 246.

59) S. Smalcalder Diss. cit. §. 26. Das Gericht kann in dieser Hinsicht den Curator berechtigen, auf Kosten des Abwesenden die unbeweglichen Güter von einem gerichtlich dazu ernannten Kunstverständigen besichtigen zu lassen, dessen Bericht über den Zustand der Güter, ihm als ein öffentliches, diesen Zustand constatirendes Document, zum künftigen Beweise dienen kann.

60) *L. 22. D. de rebus auctor. iud. possid.* (XLII. 5.) S. den 19. Th. des Commentars §. 1088. S. 154. Not. 26. und Berger Elect. disceptation. forens. Tit. XLV.

keit bey eigener Verantwortlichkeit zu sorgen, noch ehe sie dem Curator die Verwaltung des Vermögens überträgt, damit der Abwesende auf den Fall des Wiedererscheinens, oder auch der dereinstige nähere Erbe wegen der Restitution des Vermögens vollkommen gesichert sey [61]). Das Eigenthümliche bey dieser Cautionsleistung zeigt sich aber besonders darin, daß von derselben Niemand befreyt ist, auch selbst in solchen Fällen nicht, wo sonst eine Befreyung von der Cautionsleistung Statt findet [62]). Daher befreyt den Curator auch Ansässigkeit nicht [63]),

Obs. 2. not. 2. pag. 1501. *de* Coccеji iur. civ. controv. Lib. XX. Tit. 2. Qu. 3. Rosenfeld Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 22. Strecker Diss. de nullitate alienation. hereditatis absentis. §. 26. Bardili Diss. cit. Cap. VIII. Th. 45. pag. 57. *Ferd. Christph.* Harprecht Diss. trutina XX. pignor. tacitor. vel indubie spurior. vel summe dubior. §. XI. nr. 67. (*Dissertation. academ.* Vol. I. pag. 1109.) Wiesand Diss. de cura bonor. absentis. §. IX. Motz Diss. cit. §. 10. und Hofacker Princ. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 710. in fin. Man vergleiche jedoch *de* Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. VI. Not. 14. Tom. I. pag. 194. (edit. *Haubold.*)

61) *L.* 3. *C. de postlim. revers.* (VIII. 51.) *Ant.* Faber Cod. definit. forens. Lib. II. Tit. 39. Def. 18. Bardili Diss. de curatore bonor. absentis. Cap. VII. Th. 25. Smalcalder cit. Diss. §. XX. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. Th. 7. S. 185. und Pfeiffer a. a. O. S. 246.

62) S. Rosenfeld Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 13.

63) Anderer Meinung ist jedoch Mittermaier in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 379. Allein die von ihm angeführten Schriftsteller sagen davon nichts.

weil der Abwesende, wie bereits bemerkt worden, keine Hypothek auf den Gütern des Curators anzusprechen befugt ist. Der Curator muß also zur Sicherheit des Abwesenden eine ausdrückliche Hypothek bestellen [64]). Denn nur durch Pfand oder Bürgen kann die hier erforderliche Caution bestellt werden [65]). Eine juratorische Caution gewährt so wenig, als eine blos promissorische, wegen der vielleicht sehr langen Zeit, da die Verschollenheit dauern kann, hinlängliche Sicherheit [66]), wenn gleich einige Rechtsgelehrten [67]), obwohl nur unter gewissen Einschränkungen, dieselben für zulässig halten wollen. Kann der nächste Verwandte oder präsumtive Erbe die erforderliche Caution nicht leisten, so muß, mit Uebergehung desselben, jedoch ohne Nachtheil seines künftigen Erbrechts, die Curatel demjenigen übertragen werden, welcher nach ihm diese Caution zu bestellen im

64) Engau Diss. cit. pag. 6. und Simon Diss. de curatore diu absentis. Cap. IV. Th. 12.

65) *L.* 3. *C. de postlim. revers.* Mevius Tom. I. P. II. Decis. 61. Smalcalder Diss. cit. §. 20—22. und Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitig. bürgerl. Rechtssachen. 2. Th. §. 311.

66) Mevius Decision. c. l. Rosenfeld Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 16. Smalcalder Diss. cit. §. 23. et 24.

67) *Pet.* Müller ad *Struvium* Tom. I. Exerc. X. Th. 66. not. δ. pag. 659. Carpzov P. III. Const. 15. Def. 53. a Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. med. 4. *Ferd. Christph.* Harpprecht Diss. de cautione iuratoria. §. LV. (*Dissertation. academ.* Vol. I. Disp. VI. pag. 227.) Hofacker Princ. iur. civ. Tom. I. §. 708.

Stande ist[68]). Der Cautionsbetrag richtet sich übrigens nach dem Werthe des Vermögens[69]). Ist die Caution erloschen, so muß eine neue Sicherheit geleistet werden[70]). Nach der Meinung der Practiker muß diese Caution in dem Gericht bestellt werden, in dessen Bezirk das Vermögen des Abwesenden liegt[71]), von welchem denn auch wohl die Bestellung oder Bestätigung des Curators selbst für dieses Vermögen geschehen muß[72]).

§. 1397. c.

Art der Verwaltung dieser Curatel. Ist der Curator zur jährlichen Rechnungsablegung verbunden?

Zum Beweis, daß die teutschrechtliche Curatel über das Vermögen der Abwesenden keine gewöhnliche, nach

68) S. *Jo. a* Sande Decision. aur. Lib. IV. Tit. 9. Definit. 8. pag. 202. (edit. *Groning*. f.) Bardili Curator bonor. absentis. Th. XXVII. *Pet.* Müller ad *Struvium* Exerc. X. Th. 66. not. 8. Nr. VIII. und Kreittmayr Bemerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 553. (München 1791. 8.)

69) Smalcalder Diss. cit. §. 22. Just. Claproth summar. Prozesse § 222. und Pfeiffer S. 246. ff.

70) Bardili Diss. cit. Cap. VII. Th. 27.

71) Carpzov P. III. Const. XV. Def. 52. Bardili Diss. Curator bonor. absent. Cap. VII. §. 28. Smalcalder cit. Diss. §. 25.

72) Strecker Diss. cit de nullitate alienation. hereditatis absentis §. XI. et XIII. Riccius Spicileg. iuris Germ. §. 482. pag. 632. Engau Diss. de cura absent. pag. 6. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 549. (München 1791. 8.) und Just. Claproths summarische Prozesse. §. 219.

den Grundsätzen des röm. Rechts und der Reichsgesetze zu beurtheilende Realcuratel ist, wird ferner

6) eine der erheblichsten Verschiedenheiten in der Art der Verwaltung, und der in Beziehung hierauf dem Curator zustehenden Rechte an dem Vermögen des Abwesenden gefunden[73]). Die gemeine Real-Curatel ist blos Verwaltung eines fremden Vermögens im eigentlichsten Sinne. Der Curator muß hier über die Verwaltung jährlich Rechnung ablegen, und hierbey nicht nur die unverminderte Erhaltung des ihm überlieferten Capital-Bestandes, sondern auch die zweckmäßige Verwendung der Nutzungen nachweisen. Er hat von seiner Verwaltung keinen weitern Vortheil, als der ihm etwa als angemessene Vergeltung seiner Dienstleistungen gesetzlich oder vom Gerichte zugebilligt ist. Der teutschrechtliche Curator hingegen, welcher in das Vermögen des Abwesenden als desselben präsumtiver nächster Erbe ist eingewiesen worden, betrachtet dieses Vermögen als sein eventuelles Eigenthum. Er verwaltet daher dasselbe sowohl zu seinem, als zu des Abwesenden Nutzen, ja mehr noch aus eigenem Interesse, weil die Unwahrscheinlichkeit der Rückkehr des Abwesenden einen factischen Grund der Anordnung dieser Curatel ausmacht, und diese mithin nur als fürsorgliche Maasregel für den möglichen Fall jener Rückkehr, für welchen auch die Caution geleistet wird, zu betrachten ist. **Neque enim admittuntur curatores absentium,** sagt Crell[74]), **nisi hi** *diutius* **abfuerint, ut**

73) S. Pfeiffers practische Ausführungen. 2. Bd. S. 247. ff.

74) **Diss. Quando curator absentis heredes aeque propinquos a success. excludat? §. 2. in fin.**

de vita ipsorum *cum ratione* dubitetur. In tanta incertitudine sufficit, *cavere* curatores de restituendis bonis hereditariis et fructibus bonorum, si absens *aliquando* revertatur, aut appareat, hereditatem *ad alios* meliori iure pertinere.

Die Verwaltung dieser Curatel kommt nun zwar mit einer jeden andern darin überein, daß der Curator das ihm übergebene Vermögen des Abwesenden wie ein guter Haushalter zu verwalten, und für dessen Erhaltung zu sorgen hat, mithin für **dolus** und **culpa** haften muß[75]), auch nichts davon veräußern darf, als etwa diejenigen beweglichen Sachen, die nicht aufbewahrt werden können, dahingegen jede andere Veräußerung, welche auch ein anderer Curator nicht vornehmen darf, hier ebenfalls nichtig ist[76]); so wie denn auch der Curator den Abwesenden durch Klagen und Einreden vertreten kann[77]). Allein die Eigenthümlichkeit der Ausübung dieser Curatel äußert ihre Folgen vorzüglich darin, daß der Curator, der als präsumtiver Erbe mit der Vermögensver-

75) Die meisten Rechtsgelehrten verpflichten ihn, wie jeden andern Verwalter fremder Güter, zur **culpae levis praestatio.** S. Rosenfeld **Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 10.** Strecker **Diss. de nullitate alienat. hereditat. absentis. §. 18.** Smalcalder **Diss. de his, qui disparuerunt. §. 26.** Allein Bardili **Diss. de curat. bonor. absentis §. 31., in fin.** behauptet, der **Curator bonorum absentis** dürfe nur für **dolus** und **culpa lata** haften, **arg.** *L. 9. §. 5. D. de reb. auct. iud. possid.*

76) S. Bardili **Diss. cit. Cap. VII. Th. 30 — 38.** Strecker **Diss. de nullitat. alienat. hereditat. absentis. §. 23. et 24.** und Smalcalder **Diss. cit. §. 27. — 30.**

77) Bardili **§. 39. et 40.** und Smalcalder **§. 31.**

waltung beauftragt ist, nicht so, wie ein gewöhnlicher Curator, zur jährlichen Rechnungsablegung verpflichtet ist [78]). Er ist nur erst in dem unerwarteten Falle der Zurückkunft des Abwesenden, und zwar nur diesem allein, Rechnung abzulegen verbunden [79]). Nicht alle Rechtsgelehrten sind zwar hierin einverstanden. Mehrere [80]) wollen auch von dem Curator der Güter eines Abwesenden jährliche Rechnungs-Ablegung, so wie bey jedem andern Curator, erfordern. Allein sie gehen dabey von der Voraussetzung aus, daß die Curatel der Abwesenden eine gewöhnliche Real-Curatel sey, welche lediglich

78) S. vorzüglich Pfeiffers pract. Ausführungen. 2. Band. S. 248. ff.

79) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. XV. Def. 55. und das daselbst mitgetheilte Erkenntniß des Leipziger Schöppenstuhls vom J. 1632. *Ge.* Beyer Delienat. iuris German. Lib. I. Cap. XXVII. §. 47. pag. 127. *Jo. Frid.* Eisenhart Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. §. 8. *Jo. Rud.* Engau Elem. iuris Germ. §. 487. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 553. Breuning Diss. de iure bonor. absentis. §. 5. *Car. Christph.* Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 710. nr. II. Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heut. teutsch. Privatrechts 7. Bd. §. 633. S. 185. u. a. m.

80) Rosenfeld Diss. de administrat. bonor. absentis §. 10. Claproth summar. Prozesse §. 223. Westphal teutsch. Privatrecht. 2. Th. Abh. 51. §. 3. und das daselbst angeführte Gutachten Nr. 77. nr. 14. S. 154. Kind Diss. de success. in bona absent. §. 4. et 5. Motz Diss. de cura bonor. absentis. §. VII. von Zangen Beyträge zum teutschen Rechte. 2. Th. §. 76. und Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutsch. Privatrechts §. 379. (der 3. Ausgabe.)

nach den Vorschriften des römischen Rechts und der Reichsgesetze beurtheilt werden müsse. Man hat aber nicht bedacht, daß die deutschen Reichsgesetze, welche den Vormund zur jährlichen Rechnungs-Ablegung verbinden, von Abwesenden gar nichts sagen, sondern nur für die Vormundschaft über Pupillen und Minderjährige Vorschriften enthalten; eine analoge Anwendung derselben auf die Curatel der Abwesenden, als ein blos durch den Gerichtsgebrauch gebildetes Institut, wegen der besondern Beschaffenheit desselben[81]) nicht Statt finden könne. Denn eben darauf ist ja, wie Ge. Lud-

81) Kreittmayr a. a. O. S. 550. sagt: „das röm. Recht weiß von dieser Specie curatelae nichts, sondern sie ist *iuris mere consuetudinarii*, jedoch sowohl in als außer Deutschland aller Orten recipirt." Ein Beyspiel giebt der *Code Napoléon* Art. 120. Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition, ou de ses derniéres nouvelles, pourront, en vertu du jugement definitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens, qui appartenaient a l'absent, au jour de son départ, ou de ses dernieres nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration. — *Art.* 125. La possession provisoire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptales envers lui, en cas qu'il reparaisse, ou qu'on ait de ses nouvelles. Man vergleiche über diese Stellen les Pandectes francaises. Tom. III. (a *Paris* 1803. 8.) pag. 13. et pag. 34. und Jac. von Maleville Commentar über das Gesetzbuch Napoleons übersetzt von Wilh. Blanchard 1. Bd. (Cöln 1808. 8.) S. 135. ff. und S. 140. ff.

wig Böhmer[82]) sagt, die Cautionsleistung, unter welcher diese Curatel den Rechten nach übertragen wird, und die daher dem Curator auf keinen Fall, selbst dem Begüterten nicht, wenn er sie nicht durch Verpfändung seiner Güter leistet, erlassen werden kann, berechnet, daß der Curator nicht nur das ihm anvertraute Vermögen des Abwesenden wohl verwalte, sondern auch, wenn derselbe wieder erscheinen sollte, darüber Rechnung ablege, und dieser gemäß das noch übrige Vermögen herausgebe.

§. 1397. d.

Kann sich der Curator bonor. absentis die Früchte, oder einen Theil derselben zueignen?

Ob nicht die Art der Verwaltung bey dieser Curatel sich von der bey der gemeinen Realcuratel auch darin unterscheide, daß der als Curator zugelassene Präsumtiv-Erbe während der Curatel die Nutzungen, oder wenigstens einen Theil derselben sich zueignen könne, darüber läßt sich ein eben so entschiedener Gerichtsgebrauch aus den Zeugnissen der Practiker nicht entnehmen. Natürlich ist wohl zunächst darauf zu sehen,

82) Auserlesene Rechtsfälle. 3. B. 1. Abth. Resp. 176. Qu. 5. nr. 26. S. 8. Auch das Oberappellationsgericht zu Hessen-Cassel erkannte, daß, weil die über das zurückgelassene Vermögen eines Abwesenden dessen präsumtiven nächsten Erben gegen Caution zu übertragende Curatel als ein durch den Gerichtsgebrauch eigenthümlich gebildetes, von den Curatelen des röm. Rechts in mehrfacher Hinsicht abweichendes, Rechtsinstitut sich darstellt, der Curator des Abwesenden zu einer jährlichen Rechnungs-Ablage nach dem erwähnten Gerichtsgebrauche nicht verbunden sey. S. Pfeiffers pract. Ausführungen. 2. B. S. 261. f.

was die Praxis eines jeden Landes mit sich bringt[83]). Wie aber, wo diese nicht entscheidet? Sollte nun etwa derjenige, welcher als präsumtiver nächster Erbe das Vermögen des nun wieder erschienenen Abwesenden verwaltet hat, über alle Nutzungen desselben Rechnung ablegen, und also die Früchte sämmtlich mit dem Vermögen erstatten? Nach den Grundsätzen der gemeinen Real-Curatel wäre es freylich nicht anders. Carpzov[84]) sagt auch wirklich: **Nec enim proprietas, nec** *usus-*

83) Eine merkwürdige Verordnung findet sich darüber im *Code Napoléon* §. 127. Ceux qui, heißt es daselbst, par suite de l'envoi provisoire, ou de l'administration legale, auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre, que le cinquiéme de revenu, sil reparait avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition; et le dixième, s'il ne reparait qu'après les quinze ans. Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra. Das Gesetz unterscheidet also, ob sich der Abwesende noch binnen 30 Jahren, von der Zeit an gerechnet, da er nichts mehr von sich hören ließ, wieder einfindet, oder ob er erst nach einer Abwesenheit von 30 Jahren zurückkommt. Im letzten Falle soll der Curator von den erhobenen Nutzungen gar nichts herausgeben dürfen. In dem ersten Falle aber nur einen bestimmten Theil der Nutzungen, nämlich ein Fünftheil, wenn er binnen 15 Jahren, und ein Zehntheil der jährlichen Nutzungen, wenn er nach 15 Jahren, jedoch noch vor dem dreyßigsten Jahre wieder erscheint. Man vergleiche über diesen Artikel vorzüglich Grolman's ausführl. Handbuch über den Code Napoléon, 1. Bd. S. 493. ff. Diese Bestimmungen müssen auch noch in den deutschen Ländern gelten, wo der Code Napoléon eingeführt ist. S. Brauers Erläuterungen über den Code Napoléon 1. Bd. S. 131. f.

84) Jurispr. for. P. III. Const. 15. Definit. 55. nr. 3.

fructus bonorum ipsi datus est, sed cura et administratio, quae necessitatem rationum reddendarum habet annexam. Ja er sagt, diesem Grundsatz zu Folge, ganz bestimmt[85]): Satisdationis effectus, ut et ipsius curae bonorum in hoc potissimum consistit, ut revertente eo, qui diu absens fuit, *restituatur proprietas bonorum una cum fructibus perceptis*. Solent enim fructus tanquam accessiones omnimodo sequi causam dominii. *L.* 35. §. 1. *D. de Rei Vindic.* At quid si fructus ipsa bona superent? Nihilominus eos deberi puto. Dieß ist auch die Meinung der meisten Rechtsgelehrten[86]), daß der Curator zur Berechnung und Erstattung aller gewonnenen Früchte verbunden sey, wenn sie auch den Capitalbetrag des Vermögens übersteigen sollten.

Erwägt man indessen, daß denn doch kein Grund abzusehen ist, warum der, welcher den provisorischen Besitz der Güter des Abwesenden, als präsumtiver nächster Erbe desselben, erhalten hatte, die Verwaltung derselben von so vielen Jahren her unentgeltlich geführt haben sollte; erwägt man ferner, daß wenn man den Curatoren der Abwesenden die Verbindlichkeit auflegen wollte, nicht nur über die Verwaltung des Capital-Bestandes sondern auch der Nutzungen eine genaue Rechnung vor Gericht abzulegen, dieselben, auch davon

85) Cit. loc. Definit. 56.

86) Bardili cit. Diss. Th. 44. Schmalcalder Diss. cit. §. 35. Eisenhart Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. §. 9. Claproth summarische Prozesse. §. 224. S. 311. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 710. Nr. II. Carl Aug. Haase über Edictalladungen und Edictalprozeß außerhalb des Concurses. (Leipzig 1817. 8.) 10. Kap. §. 4. S. 116.

abgesehen, in welche Rechnungs-Schwierigkeiten sie dadurch verwickelt, ja durch die Erstattung der Früchte von so vielen Jahren vielleicht gar zu Grunde gerichtet werden würden, vor denen, welchen die Curatel als ein **munus civile** übertragen worden, nicht nur nichts voraushaben, sondern sich selbst in einer nachtheiligern Lage, wie diese, durch die ihnen unbedingt obliegende Cautions-Leistung zu einem das ganze ihnen überlassene Vermögen deckenden Betrage, befinden würden; erwägt man endlich, daß der teutschrechtliche **Curator bonorum absentis** aus dem Grunde eines präsumtiven nächsten Erbrechts in den Besitz der Güter des Abwesenden von der Obrigkeit selbst ist eingewiesen worden, mithin die ihm übertragene Curatel gewissermaßen im eigenen Namen, und aus eigenem Interesse verwaltete; so scheint die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [87]), welche den Curator, einem **bonae fidei possessor** gleich, nur zur Restitution derjenigen Nutzungen, welche zu der Zeit, da das Vermögen von dem zurückgekommenen Abwesenden zurückgefordert wird, noch vorhanden sind, gehalten wissen wollen, sowohl der Billigkeit, als dem allgemeinen Character unserer teutschrechtlichen Curatel nicht uneigentlich zu entsprechen. Leyser [88]) geht noch weiter. Er nimmt es als unzweifelhaft an, daß der nächste Präsumtiv-Erbe, dem die Verwaltung des Vermögens des Abwesenden war übertragen worden, immittelst alle

87) S. besonders Pfeiffer's pract. Ausführungen 2. Th. S. 250—253. Man vergleiche auch Schorch Meditation. de cura bonor. absentis. §. XVI.

88) Meditat. ad Pand. Specim. XCVII. medit. 1.

Früchte desselben beziehe, welches vielleicht mit dem Grundsatz des ältern deutschen Rechts zusammenhängt, nach welchem der Vormund den Nießbrauch von den Gütern seines Pflegbefohlnen hatte[89]), welches aber doch auch nicht als gemeinrechtlich behauptet werden kann[90]). Darin sind jedoch die Rechtsgelehrten[91]) einverstanden, daß wenn der Abwesende, nachdem er bereits für todt, und seine Güter für vererbt erklärt worden, wieder zurückkehrt, und sich gehörig legitimirt, derselbe wegen seiner Abwesenheit in den vorigen Stand zu setzen, und ihm seine Güter nebst den Nutzungen, jedoch nur soviel davon noch vorhanden, oder der Besitzer durch die Consumtion reicher geworden ist, herausgegeben werden müssen. Denn der Besitzer erscheint hier als ein **bonae fidei possessor**, weil er sich mit Recht für den Erben halten konnte, da er gerichtlich dafür anerkannt worden ist. Der nun wieder zum Vorschein gekommene Verschollene kann also sein Vermögen in keinem andern Zustande reclamiren, als in welchem er es findet, und keine andere Verbindlichkeiten in Anspruch nehmen, als welche sich aus der Natur eines **res universalis**, als

89) Sachsenspiegel Buch I. Art. 23. S. Heineccius Elem. iuris Germ. Tom I. Lib. I. §. 353 et 354. von Bülow Abhandlung. des röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 284.

90) Mittermaier Grunds. des deutsch. Privatrechts §. 365. a. E.

91) *Jo. Henr. de* Berger Oecon. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 6. not. 11. in fin. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II Specim. XCV. medit. 26. Smalcalder Diss. cit. de his, qui disparuerunt. §. 31. Eisenhart Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. §. 9. Claproth summarische Prozesse. §. 225. Haase über Edictalladungen. Kap. 10. §. 7. S. 121.

Gegenstand der Herausgabe, erzeugen, oder doch durch den Ausspruch der natürlichen Billigkeit ergeben[92]).

§. 1397. e.

Todeserklärung und Beerbung des Verschollenen.

Endlich unterscheidet sich die deutschrechtliche Curatel über das Vermögen eines Abwesenden auch noch 7) in Rücksicht des Zeitpuncts, mit dessen Eintritt der Abwesende für todt erklärt, und sein Vermögen vererbt werden darf. Das römische Recht knüpfte die Vermuthung für das Verstorbenseyn des Verschollenen an die Erreichung eines Alters von hundert Jahren, als das höchste Ziel menschlichen Lebensalters. Allein der deutsche Gerichtsgebrauch hat einen andern Zeitpunkt für diese Vermuthung bestimmt. Dieser gründet sich auf das gewöhnliche, selbst in der Bibel[93]) ausgesprochene, Ziel des menschlichen Lebens,

92) Eben dieses ist auch in mehreren heutigen Gesetzgebungen sanctionirt. S. allg. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 847. u. 848. Oesterreich. bürg. Gesetzbuch 1. Th. 4. Hptst. §. 278. *Code Napoléon*. Art. CXXXII. S. Maleville Commentar 1. B. S. 145. Locré Esprit du Code Napolèon. Tom. II. pag. 486. Les Pandectes françaises ad h. Art. Tom. III. pag. 51. sqq. und Grollman Handbuch über den Code Napol. 1. Bd. S. 540. ff.

93) Psalm *XC*. V. 10. Hiermit stimmen auch die Aussprüche der alten griechischen Philosophen und Theologen überein. S. Diogenes Laertius *in Solone*. Segm. 55. u. Clemens Alexandrin. Στρωμ. VI. Man vergl. auch Heumanni Biblioth. miscellan. Hamb. Vol. I. P. IV. und Hommel Diss. Septuagenarius absens factus quando mortuus praesumatur? *Lipsiae* 1752.

welches in einem Alter von 70 Jahren besteht [94]). Hat also der Verschollene dieses Alter erweislich zurückgelegt;

94) Nach mehreren Landesgesetzen ist jedoch der Zeitpunct der Todeserklärung auch noch nach der Dauer der Verschollenheit bestimmt, das ist, nach dem Ablauf von gewissen Jahren der Abwesenheit, nämlich bald von 10, bald von 15, bald von 20, bald von 30, bald 40 Jahren, in welchen der Abwesende Nachricht von seinem Leben und Aufenthalte den Verwandten oder der Obrigkeit zu geben unterlassen hat. Nach dem Preuß. Landrechte Th. 2. Tit. 18. §. 823. kann auf die Todeserklärung des Abwesenden angetragen werden, wenn binnen zehen Jahren von dem Leben oder Tode desselben keine Nachrichten eingegangen sind. Dieser Zeitraum soll jedoch, wenn der Abwesende vor erreichter Großjährigkeit verschollen ist, erst von dem Tage an gerechnet werden, wo er majorenn geworden ist. Ist der Abwesende erst im, oder nach dem 65. Jahre seines Alters verschollen; so kann er (§. 830) schon nach Verlauf von 5 Jahren für todt erklärt werden. Ist aber das Alter, in welchem der Abwesende vermißt worden, nicht bekannt, wohl aber eine gegründete Vermuthung, daß er damals noch minderjährig gewesen sey, vorhanden; so muß, ehe mit der Todeserklärung verfahren wird, nach §. 831. ein 15 jähriger Zeitverlauf abgewartet werden. In Sachsen ist ein Zeitraum von 20 Jahren bestimmt, binnen welchen der Abwesende von seinem Leben und Aufenthalt keine Nachricht gegeben hat. Wäre er aber auch noch nicht 20 Jahre lang abwesend, er hätte aber das 20ste Jahr seines Alters erreicht, oder im Fall er erst nach zurückgelegtem 65sten Jahre weggegangen ist, der Ablauf von 5 Jahren, welche von Zeit der Entfernung an gerechnet werden, hinzugekommen ist; so soll die Präsumtion des Todes als begründet angesehen werden. S. Sächsisch. Mandat die Verkürzung der *curae absentium*, und deren Vermögensadministration betreff. vom 13. Nov. 1779. und das Mandat die Edictalcitation

so tritt nach dem deutschen Gerichtsgebrauche die rechtliche Vermuthung seines Todes ein, und er kann nun

in Civilsachen außerhalb des *concursus creditor.* betr. S. WIESAND Diss. de cura bonor. absentis. §. 12. Nach dem bürg. Gesetzbuche für die deutsch. Erbländer der Oesterreich. Monarchie 1. Th. §. 24. soll der Tod eines Verschollenen vermuthet, und die Todeserklärung nachgesucht werden, 1) wenn seit seiner Geburt, ein Zeitraum von 80 Jahren verstrichen, und der Ort seines Aufenthalts seit 10 Jahren unbekannt geblieben ist; 2) ohne Rücksicht auf den Zeitraum von seiner Geburt, wenn er durch 30 volle Jahre unbekannt geblieben; und 3) wenn er im Kriege schwer verwundet worden, oder wenn er auf einem Schiffe, da es scheiterte, oder in einer andern nahen Todesgefahr gewesen ist, und seit der Zeit durch 3 Jahre vermißt wird. S. von Zeiller Commentar 1. Bd. S. 124. ff. Die Gesetzgebung des Code Napoléon Art. 129. bestimmt den Zeitpunct der Todeserklärung ebenfalls nach einer doppelten Rücksicht, einmal nach dem Lebensalter des Verschollenen, und dann, wo diese Rücksicht nicht entscheiden sollte, nach der Dauer der Verschollenheit. Sind nämlich nach der provisorischen Einweisung der auf den Todesfall Berechtigten dreißig Jahre verstrichen, oder würde der Verschollene schon vor dem Ablaufe dieser Zeit, das hundertste Lebensjahr zurückgelegt haben; so sind die Eingewiesenen berechtiget, zu verlangen, daß die provisorische Einweisung durch das Gericht für definitiv erklärt werde. S. Grolman's Handbuch über den Code Napoleon. 1. B. S. 526. ff. Mehrere particuläre Rechte haben angeführt MOTZ Diss. de cura bonor. absentis. §. 12. KIND in Diss. de successione in bona absentium. §. 10. Carl. Aug. Haase über Edictalladungen und Edictalprozeß außerhalb des Concurses. (Leipzig 1817. 8.) Kap. X. §. 1. u. ff. S. 101—119. und Mittermaier in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 513.

für todt erklärt, und sein Vermögen vererbt werden. Diese Todeserklärung hat nun nicht nur das Erlöschen der Curatel über den Abwesenden zur Folge, sondern auch in Absicht auf das Vermögen desselben den entschiedenen Einfluß, daß die Verlassenschaft desselben denjenigen zuerkannt werden kann, welche nach eingetretener Präsumtion des Todes des Verschollenen das nächste oder ein gleiches Erbrecht haben [95]). Dieses Erbrecht erstreckt sich denn insbesondere auch auf Vermächtnisse und Erbschaften, welche vor begründeter Vermuthung des Todes dem Abwesenden angefallen sind, sofern sie nur von der Art sind, daß die Erben des Verschollenen überhaupt darauf Anspruch zu machen berechtiget sind, und daher auch unter die Curatel gezogen werden konnten [96]). Sind sie erst nach eingetretener Präsumtion

95) S. vorzüglich Haase über Edictalladungen ꝛc. Kap. 10. §. 7. — §. 12.

96) Denn so lange der Zeitpunct noch nicht eingetreten ist, wo der Verschollene für todt erklärt werden kann, wird rechtlich vermuthet, daß derselbe noch am Leben, mithin etwas zu erwerben fähig sey. Es muß nur, soviel 1) die Vermächtnisse betrifft, welche dem Abwesenden angefallen sind, von solchen unbedingten Vermächtnissen die Rede seyn, welche ipso iure auf die Erben des Legatars übergehen, dafern dieser nur um einen Augenblick den Erblasser überlebt hat. *L.* 5. *pr. et* §. 1. *D. Quando dies legator.* (XXXVI. 2.) *L.* 77. §. 3. *L.* 80. *D. de legat. II.* (XXXI.) *L. un.* §. 1. *et* 5. *C. de caduc. tollend.* (VI. 51.) S. Schorch Meditation. de cura bonor. absent. §. XII. und Haase über Edictalladungen. Kap. 10. §. 8. Not. 67. S. 126. 2) In Rücksicht der Erbschaften aber, welche dem Verschollenen während seiner Abwesenheit angefallen sind, nur insofern als entweder der Erbe nach deutschen Rechten

des Todes dem Verschollenen angefallen, so haben die Erben desselben, so weit nicht etwa auf diese jener Vor-

ipso iure durch den Tod des Erblassers in Nutz und Gewehr derselben gesetzt wird, vermöge der Parömie, der Todte erbt den Lebendigen, und dieser zu Folge der Erbe die auch nicht angetretene Erbschaft auf seine Erben transmittirt, oder ein römisch-rechtliches Transmissionsrecht Statt findet. Die Ansichten der Rechtsgelehrten sind hier jedoch verschieden. Einige meinen, wenn der Curator des Abwesenden diese Erbschaften für ihn in Empfang und Verwaltung genommen hat, so sey mit Grund zu behaupten, daß solche denjenigen, welche dem Abwesenden beerben, zufallen. Denn der unter gerichtlicher Auctorität bestellte Vormund vertrete die Stelle desselben, und müsse also sein Bestes in jeder Hinsicht, folglich auch in Rücksicht angefallener Erbschaften besorgen. Diese Meinung sollen auch die Gesetze begünstigen. Denn so sage Ulpian *L.* 7. *pr. D. de Bonor. possession.* (XXXVII. 1.) **Nam et *absenti* et *non petenti* dari bonorum possessio potest, si hoc ipsum Praetor non ignoret.** So lehren Claproth in den summarischen Prozessen §. 224. und Haase über Edictalladungen und Edictalprozeß. Kap. 10. §. 6. Not. 42. S. 118. Allein dieser Meinung steht entgegen, daß nach dem Civilrecht eine Erbschaft durch einen Curator nicht erworben werden kann. *L.* 90. *pr. D. de acquir. vel omitt. hered.* Nach dem prätorischen Rechte kann nun zwar eine Bonorum possessio auch durch einen Andern in unserm Namen erworben werden. Allein hat Jemand für mich die B. P. gesucht, dem ich keinen Auftrag dazu gegeben habe; so hängt die Gültigkeit derselben von meiner Ratihabition ab. Sterbe ich also vor der erfolgten Genehmigung, so kommt sie meinem Erben nicht zu Statten. Denn mein Erbe kann nicht ratihabiren, cum ad eum non transeat ius bonorum possessionis, wie Ulpian *L.* 3. §. 7. *D. de Bonor. possess.* sagt. S. Bardili Diss. de curat. bonor. absentis. Th. 34. et 35. Dagegen un-

theil durch die eigne Verfügung des Testirers erstreckt

terscheidet SCHORCH in Meditat. c. I. zwischen Intestat- und testementarischen Erbschaften. Jene sollen nach dem deutschen Rechte keine Antretung erfordern, sondern durch die bloße Delation erworben werden können. Diese könne also auch der nächste Erbe des Verschollenen fordern. Ein ganz anderes Verhältniß finde bey testamentarischen Erbschaften Statt. Solche Erbschaften könnten anders nicht, als durch Antretung derselben erworben werden. Zu dieser Antretung und Erwerbung sey aber nur derjenige befugt, dem dieselbe für seine Person deferirt worden ist. Hat sie also der Abwesende nicht angetreten, so habe er sie auch nicht auf seine Erben transmittirt, vermöge der auch in Deutschland angenommenen Regel: *hereditas non adita non transmittitur*. Da solche Erbschaften nicht zu dem Vermögen des Abwesenden gehören, so müßten sie denen gegen Cautionsleistung zur Verwaltung überlassen werden, welche sie erhalten würden, wenn der Abwesende gar nicht existirte. Allein auch diese Ansicht ist nicht außer Zweifel. Zwar ist nicht zu läugnen, daß nach dem ältern deutschen Rechte allerdings die Intestaterben, als die nächsten Verwandten des Erblassers, die ihnen angefallene Erbschaft ipso iure erwarben, und also keiner weiteren Erbschafts-Antretung bedurften, um die Erbschaft auf ihre Erben zu transmittiren, nach der bekannten deutschen Parömie: der Todte erbt den Lebendigen, oder wie dieselbe in der französischen Sprache ausgedrückt wird: *le mort saisit le vif*. Es soll damit angedeutet werden, daß in dem Augenblick des Todes des Erblassers die Erbschaft nicht nur deferirt, sondern auch erworben werde, ohne schon selbst im Besitze zu seyn, so daß also der Zeitpunct der Delation von dem der Acquisition auf keine Weise zu trennen sey, mithin vermöge dieser Parömie keine hereditas iacens existire. S. Wilh. Ed. Albrecht die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts dargestellt. (Königsberg 1828. 8.) §. 6. und Rud. von Sydow

seyn sollte, darauf keinen Anspruch[97]). Uebrigens haben

Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücks. auf die verwandten Quellen. (Berlin 1828. 8.) §. 54. Es hat sich auch dieses alte deutsche Recht in manchen besondern Stadtrechten erhalten. S. Runde Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts §. 687. (nach der 8. Aufl. Göttingen 1829.) und Mittermaiers Grundsätze §. 414. Daß nun an solchen Orten, wo dieses Recht noch besteht, Schorchs Ansicht ihre Richtigkeit habe, hat keinen Zweifel. Allein eben so bekannt ist es auch, daß jetzt in Teutschland auch bey Intestaterbschaften die Grundsätze des röm. Rechts als Regel befolgt werden, wie auch Runde a. a. O. und selbst Schorch c. l. not. 3. pag. 25. sq. bemerkt hat. Man sehe auch Reinharth Select. Observation. ad *Christinaeum.* Vol. IV. Obs. 32. und *Jo. Frid.* Piel Diss. de translatione bonorum absentis. Cap. I. §. 19. et 20. Wo also jenes alte deutsche Recht nicht mehr gilt, sondern bey angefallenen Erbschaften das röm. Recht gemeinrechtlich geworden ist, da könnten etwa nur noch die Grundsätze von der Transmission einer Erbschaft vermöge der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Anwendung kommen, argum *L.* 86. *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) S. Marezoll von den so genannten Transmissionsfällen §. II. in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß von Linde, Marezoll, und von Wening-Ingenheim. 2. Bdes. 1. Heft. S. 77. ff. Vergl. auch Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. §. 247. Nach dem *Code Napoléon* Art. CXXXVI. würde jedoch der Erbe noch erst beweisen müssen, daß der Abwesende wirklich den Anfall der Erbschaft erlebt, und also, wenigstens für die Transmission genügend, erworben hatte; sonst bleibt die dem Abwesenden angefallene Erbschaft ausschließlich bey denjenigen, mit welchen derselbe sonst die Erbschaft zu theilen gehabt hätte, oder welche er ausgeschlossen

unter den Erbinteressenten selbst, die Vertrags- oder demnächst die testamentarischen Erben den Vorzug vor den Intestaterben, denn ihr Recht auf die Verlassenschaft ist nach den gemeinen Grundsätzen von der Erbfolge zu beurtheilen [98]), wobey, soviel die Testaments-Erben betrifft, zu bemerken ist, daß das Testament des Abwesenden in der Regel nicht früher eröffnet werden darf, als bis die Präsumtion des Todes wirklich eingetreten ist [99]), wofern nicht etwa das Testament noch vor eingetretener Todes-Vermuthung durch Zufall eröffnet, und auf diese Art der Testamentserbe früher bekannt geworden seyn sollte, welcher denn auch vor den Intestaterben zur Curatel über das Vermögen des Abwesenden gelassen zu werden mit Recht verlangen kann [100]). Un-

haben würde. S. Locré Esprit du Cod Napoléon. Tom. II. pag. 496. sqq. (a *Paris* 1806. 8.) und Grolmans ausf. Handbuch über den Code Napol. 1. B. S. 572—593. Dieß gilt denn auch in den Ländern Deutschlands, wo der Code Napoléon eingeführt ist. S. Brauer's Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großherzog-Badische bürgerl. Gesetzgebung. 1. Bd. S. 240. ff.

97) S. Haase über Edictalladungen und Edictalprozeß. Kap. X. §. 8. S 127.

98) S. Kind Diss. de successione in bona absentium §. 12. und Haase Kap. IX. §. 5. S. 99.

99) S. *de* Berger Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 19. Not. 5. b. Haubold ad *Eundem* not. v. Tom. I. pag. 411. Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 107. pag. 169. (edit. IV. *Byruthi* 1782. 4.) und Haase über Edictalladungen und Edictalprozeß. Kap. X. §. 10. S. 131.

100) S. *de* Cannegiesser Collect. Decision. Hasso-Casselian. Tom. I. Decis. CXLI. nr. 8. pag. 597. und Claproth's

ter den Intestaterben entscheidet zwar die Nähe der Verwandtschaft, aber getheilt sind die Meinungen der Rechtsgelehrten, wenn die Frage ist, nach welchem Zeitpunct diese Nähe zu beurtheilen sey[1]). Einige meinen, es sey auf die Zeit zu sehen, da das Leben des Abwesenden zweifelhaft zu seyn angefangen habe, und ihm deswegen ein Curator über sein Vermögen bestellt worden sey. Denn wenn gleich ein Verschollener nicht eher, als nach vollendetem 70sten Jahr für todt erklärt werden könne, so folge doch daraus nicht, daß er erst in diesem Jahre, und nicht früher wirklich gestorben sey Nein gestorben seyn, und für todt erklärt werden, sey wesentlich verschieden. Es sey vielmehr, nach vollendetem 70sten Lebensjahre, anzunehmen, der Abwesende sey schon damals gestorben, als er verscholl, und daß von seinem Leben keine weitere Nachricht zu erhalten gewesen ist. Man sucht diese Meinung besonders durch die Berufung auf *L.* 10. *pr. D. de captivis et postlim.* re-

summarische Prozesse. §. 220. a. E. S. 305. S. auch oben die Not. 36. S. 266. f.

1) S. Christ. Heinr. Gottl. Köchy: Wem ehe ist der Tod eines Abwesenden bey dem Mangel des nöthigen Beweises rechtlich zu vermuthen? und von welcher Zeit an sind die von seinem Tode abhängigen rechtlichen Wirkungen zu berechnen? in Desselben Meditationen über die interessant. Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Nr XXIII. S. 299 — 323. F. E. Gesterding über die Vermuthung des Todes der Verschollenen (in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Th. (Greifswalde 1826. 8.) S. 338 — 344. und *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. I. §. 8. pag. 48. (edition. noviss. Jenae 1810.)

vers. zu unterstützen, wo von einem in die Kriegsgefangenschaft gerathenen Römer, der nicht wieder zurückgekommen ist, gesagt werde: *iam tunc decessisse intelligitur, cum captus est.* Es werde ihm also, wie man zu sagen pflegt, *ex tunc* succedirt, d. h. wer damals das nächste Recht zur Curatel über das Vermögen des Abwesenden hatte, der habe jetzt das nächste Recht dem Abwesenden zu succediren. Dieß ist auch unsers Hellfelds Meinung, und diese Ansicht findet man in mehreren Urtheilssprüchen und Rechtsgutachten ausgeführt [2]); sie wird aber jetzt fast überall verworfen, da sie von einem ganz unrichtigen Grundsatz ausgeht, wie besonders von Elsässer [3]) gezeigt worden ist. Es müssen hier schlechterdings zwey Zeitpuncte genau unterschieden werden, Erstens derjenige, während dessen noch für das Leben des Verschollenen vermuthet wird, und Zweytens derjenige, wo die Vermuthung seines Todes eintritt. So lange es nun ungewiß ist, ob der Ab-

2) Vergl. Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XV. §. 77. not. a. Crell. Diss. Quando curator absentis heredes aeque propinquos a success. excludat? §. 4. a Wernher Select. Observat. for. Tom. III. P. III. Obs. 48. Joh. Lud. Schmidts öffentl. Rechtssprüche. S. 15. ff. besonders S. 23. a. E. — 25. Ge. Lud. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 3. Bdes. 1. Abth. Resp. 176. Qu. 5. S. 7. — 10. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 5. Bd. Erört. XLVIII. S. 223. f.

3) In den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 4. Bd. Nr. XI. §. 123. S. 171. Um das Argument aus der *L.* 10. *de captiv.* zu widerlegen, hätte Elsässer nur noch die schlagende *L.* 4. *Cod. de postlim. reversis* benutzen sollen.

wesende noch lebe oder todt sey, muß angenommen werden, er lebe noch. Es kann also zwar von Anordnung einer Curatel die Rede seyn, und diese nach der Nähe der Verwandtschaft regulirt werden, aber noch von keiner Erbfolge, nach der Regel: **viventis nulla est hereditas.** Da nun aber die Zeit des Todes bey Verschollenen unbekannt ist, so muß der Zeitpunct eintreten, wo der Tod des Abwesenden rechtlich vermuthet wird, weil ja die Folge nicht früher eintreten kann, als die Ursache. Diese Vermuthung beginnt aber erst mit dem vollendeten 70sten Jahre des Abwesenden. Dieß ist also auch der Zeitpunct, nach welchem die Nähe der Verwandtschaft bey der nun erst rechtlich möglichen Erbfolge in die Verlassenschaft des Abwesenden zu beurtheilen ist [4]). Die Erbschaft kann mithin nur denjenigen rechtlich zuerkannt werden, welche zur Zeit der eingetretenen Todes-Vermuthung die nächsten sind. Dieß ist die Ansicht der meisten heutigen Rechtsgelehrten [5]). Sie stim-

4) §. 6. *J. de legit. agnat. success.* (III. 2.)

5) S. *a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVI. medit. 9. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. I. Obs. 107. KIND Quaestion. forens. Tom. I. Cap. 64. der 2ten Ausgabe (Cap. 65. der ersten.) WALCH Controv. c. l. Köchy Meditationen S. 313. ff. Carl Fried. von Dalwigk pract. Erörterungen auserlesener Rechtsfälle. (Hannover 1823. 4.) Erört. V. S. 196—216. Pfeiffer pract. Ausführungen 2. Bd. S. 254. f. von Bülow Abhandlungen über einz. Materien des röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 285. Gesterding angef. Abhandl. in der Ausbeute 1. Th. S. 341. f. Haase über Edictalladungen. Kap. X. §. 11. S. 132—136. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 325. Mitter-

men daher darin überein, daß die Erbfolge in die Verlassenschaft des Abwesenden nicht **ex tunc**, d. h. nach dem Zeitpunct der Verschollenheit, oder wo ihm die Curatel gesetzt ward, sondern **ex nunc**, d. h. nach dem Zeitpunct des präsumtiven Todes desselben zu reguliren sey. Für diese Meinung, welche allerdings der Rechtsanalogie und der Natur der Sache am meisten entspricht, habe ich mich auch schon an andern Orten [6]) erklärt, worauf ich mich hier der Kürze wegen beziehen will.

Es entsteht nur noch die Frage, ob bey der **successio ex nunc** die Erbfolge schon gleich nach eingetretener Zeit der Todesvermuthung, oder erst nach erfolgter Todeserklärung bestimmt werde? Auch darüber wird gestritten. Das Letztere hat besonders Gesterding [7]) zu behaupten gesucht, und ihm scheint auch zum Theil Zimmern [8]) beyzustimmen. Eben dieses ist Eichhorns [9]) Meinung. Das Erstere behaupten hingegen Mittermaier [10]) und Schweppe [11]). Nach jener Ansicht soll es auf die Vermuthung des

maier Grundſ. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 397. (der 3ten Ausgabe) Schweppe röm. Privatr. 1. Th. §. 61. (der 4ten Ausgabe).

6) S. den 7. Th. des Commentars. §. 562. S. 496. und meine hermeneut. syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 2.

7) Angef. Abhandl. in der Ausbeute. 1. Th. S. 342. ff.

8) In den Jahrbüchern der jurist. Literatur von Schunck. 5ten Bandes 1. Heft S. 10.

9) Deutsch. Privatrecht. §. 325.

10) Grds. des deutsch. Privatrechts. §. 397.

11) Das röm. Privatrecht. 1. Th. §. 61. S. 149. (der 4. Ausg.)

Todes gar nicht ankommen[12]. „Die richterliche Todeserklärung mache eines Theils eine Rechtsvermuthung des Todes überflüssig, andern Theils aber würde es auch einer solchen Erklärung gar nicht bedürfen, wenn die Gesetze schon durch eine Vermuthung der Ungewißheit über Leben und Tod ein Ende gemacht hätten. Ja wie ließe sich einmal, gäbe es eine solche Vermuthung, die Maßregel einer öffentlichen Ladung rechtfertigen, die an Jemanden gerichtet wäre, von welchem, den Gesetzen zu Folge, anzunehmen ist, er sey schon gestorben.“ Von dem Augenblick der Todeserklärung sey dann auch der Tod des Verschollenen zu datiren; der Richter, könne man sagen, sey es, der ihn durch seinen Ausspruch tödtet.

Allein dagegen ließe sich wohl noch die Frage aufwerfen, ob denn eine Todeserklärung ohne vorher begründete Todesvermuthung denkbar sey? Ist denn nicht jene blos von dieser abhängig, wie kann sie also die rechtlichen Folgen derselben hinausschieben? Sobald die Todesvermuthung mit dem Ablauf der bestimmten Zeit eingetreten ist, wird die Erbschaft dem deferirt, der jetzt das nächste Recht darauf hat, er sey Vertrags-, Testaments- oder Intestaterbe. Dieses Anfallsrecht darf dem Erben durch den richterlichen Ausspruch nicht beeinträchtiget werden. Der Ausspruch, wodurch der Abwesende für todt erklärt wird, ist ja blos declaratorisch. Denn es wird dadurch nur die Vermuthung des Todes bestätiget. Die Todeserklärung kann also in ihren Folgen nicht mehr Kraft haben, als die Todesvermu-

12) Gesterding a. a. O. S. 342. ff.

thung selbst, welche aus dem Ablauf der bestimmten Zeit entsteht. Käme es nicht sowohl auf die Vermuthung des Todes, als vielmehr auf die Todeserklärung an, ja machte sie wirklich eine Rechtsvermuthung des Todes unnöthig; so könnte ja der Richter den Zeitpunct, wo die Todesvermuthung gesetzmäßig eintritt, zum Nachtheil der Erben nach Willkühr ändern, und verlängern, weil die Erfahrung lehrt, daß die Todeserklärung öfters erst lange nach eingetretener Todesvermuthung erfolgt. Der Grund, als lasse sich die Maßregel einer öffentlichen Ladung nicht rechtfertigen, wenn es eine solche Vermuthung gäbe, nach welcher den Gesetzen zu Folge anzunehmen, derjenige, an welchen sie gerichtet ist, sey schon gestorben, beseitiget sich von selbst. Denn man vergesse doch nicht, daß der Verschollene nur präsumtiv und bis zum Beweis des Gegentheils für todt gehalten wird. Da nun die Vermuthung nothwendig der Wahrheit weichen muß, und es doch vielleicht möglich wäre, daß der Verschollene, wenn er auch schon 70 Jahre alt seyn sollte, doch noch leben könnte; so wird zum Ueberfluß noch eine Edictalladung verfügt. Nothwendig aber ist sie nicht, wo sie nicht Landesgesetze vorschreiben, welches aber nur in dem Falle für nöthig gehalten wird, wo ein kürzerer, als der gewöhnliche, Zeitpunct zur Todesvermuthung festgesetzt ist [13]). Eine Edictalladung wird zwar gewöhnlich verfügt, wenn Jemand verschollen ist, nämlich zu dem Behuf, um über sein Vermögen eine Curatel anzuordnen [14]). Allein konnte schon damals, als der Ab-

13) S. z. B. das Preuß. Landrecht 2. Th. Tit. 18. §. 833. vergl. mit §. 828—831.

14) Es wird daher in diesem Falle der Edictalladung nur

wesende verscholl, durch die erlassene Edictalladung von seinem Leben und Aufenthalt keine Nachricht weiter eingezogen werden; so ist dieß noch weniger zu der Zeit zu hoffen, da derselbe nach erreichtem Alter von 70 Jahren für todt erklärt werden kann. Es ist daher sehr unschicklich ausgedrückt, wenn es heißt: der Richter tödte den Verschollenen durch seinen Ausspruch[15]), denn man bedenke doch, daß dieser Ausspruch, wie bereits bemerkt worden, blos declaratorisch ist. Der Richter bestätiget nur durch sein Decret, daß der Abwesende nun vermöge rechtlicher Vermuthung für todt zu halten sey, so daß es also im Ganzen gleichviel ist, ob man sagt, Jemanden für todt achten, oder für todt erklären, obwohl jenes mehr auf die

die Androhung beigefügt, daß das Vermögen des Abwesenden im Ausbleibungsfalle zur Verwaltung übergeben werden solle. Die gewöhnliche Verwarnung der bevorstehenden Todeserklärung, wofern sie das besondere Landesgesetz nicht vorschreibt, wird nicht von allen gebilliget. S. Claproth's summarische Prozesse. §. 223. S. 308. a. E. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bemerk. XVI. S. 76. ff. Die Edictalladung kann auch hier als unnöthig erscheinen, wenn diejenigen, die als nächste Präsumtiv-Erben auch das nächste Recht zur Curatel haben, durch beglaubte Nachrichten darzuthun im Stande sind, daß sie sich alle Mühe gegeben, den Aufenthalt des schon viele Jahre Abwesenden zu erfahren, ihre Bemühungen aber vergeblich gewesen wären, wie von Quistorp a. a. O. S. 78. a. E. bemerkt hat.

15) In der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft 4. B. S. 427. heißt es: „dieser fast komische Satz dürfte, in seinen Folgen wohl erwogen, die Unhaltbarkeit dieser Ansicht des Verf. klar genug erheben.

Vermuthung des Todes, dieses aber mehr auf den Ausspruch des Richters, daß die Wirkung jener Vermuthung eingetreten sey, folglich die Curatel nun aufhöre, und die Beerbung Statt finde, sich zu beziehen scheint [16]).

Noch ist zu bemerken, daß wenn einer der Intestaterben die Zeit, wenn der Abwesende wirklich mit Tode abgegangen ist, auf eine glaubwürdige Art darthun könnte, die Vermuthung der Gewißheit nachstehen, und die Erbschaft demjenigen zugesprochen werden müsse, welcher zur Zeit des wirklichen Todes des Verschollenen sein nächster Verwandter war [17]).

§. 1398.

Beendigung der Curatel.

Die Curatel hat theils Beendigungsgründe mit der Tutel gemein, theils eigenthümliche. Von den ersten ist schon an einem andern Orte [18]) gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß sich auch die *cura impuberum*, der Grund ihrer Anordnung sey, welcher er wolle, nach dem röm. Rechte eben so, wie die Tutel der Unmündigen selbst, mit der Pubertät

16) Mit mir stimmen überein HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 107. nr. 4. KIND Diss. de successione in bona absentium. §. 11. Haase über Edictalladungen und Edictalprozeß. Kap. X. §. 7. Not. 47. S. 120. und Schweppe röm. Privatrecht 1. Band. §. 61. S. 149. (der 4. Ausgabe.)

17) KIND cit. Diss. §. 13. und Haase über Edictalladungen. Kap. X. §. 12. S. 136. ff.

18) S. Th. XXXI. §. 1353. S. 129—160.

endige[19]). Der Mündel mußte also nach dem Eintritt der Pubertät um einen andern Curator bitten[20]). Auch wenn der Tutor wegen einer nothwendigen Reise in öffentlichen Angelegenheiten abwesend seyn muß, und es wird dem Mündel an seiner Stelle ein Curator gegeben, so bleibt derselbe, wenn der Tutor nicht wieder zurückkommt, bis zur Pubertät[21]).

Hier ist nur von solchen Beendigungsgründen die Rede, welche der Curatel und den verschiedenen Arten derselben eigenthümlich sind, und in der Person des Curanden ihren Grund haben[22]). Man pflegt hier die Regel aufzustellen, die Curatel endiget sich, sobald der Grund ihrer Anordnung aufhört[23]). Allein die Frage ist, ob dazu ein obrigkeitliches Decret erfordert werde, oder nicht? Die Frage hat vorzüglich Einfluß auf die Gültigkeit der Handlungen des Curanden. Man kann sagen, in der Regel sey kein Decret erforderlich, sondern die Curatel hört auf, sobald der Grund derselben wegfällt. So erlischt 1) die Curatel der sogenannten preßhaften Personen, d. h. solcher, welche an einem fortdauernden Gebrechen, oder

19) *L.* 1. *C. Quando tutor. vel curatores esse desin.* (V. 60.) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 22. §. 3. (Vol. II. pag. 248. *edit. noviss. Norimb.* 1805. 8.)

20) *L.* 25. *D. de tutor. et curat. dat.*

21) *L.* 12. *D. de tutelis.*

22) Donellus Comment. de iure civ. Lib. III. Cap. 22. §. 8. ist hier sehr unbefriedigend.

23) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 15. und Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitig. bürgerl. Rechtssachen 2. Th. §. 322.

an einer langwierigen Krankheit leiden, und 2) die deutsche Curatel unverheyratheter Frauenspersonen, wenn Beyde ihren Curator nicht weiter verlangen. 3) Die Curatel der Abwesenden aber, wenn der Tod des Verschollenen entweder rechtlich bewiesen, oder der rechtlichen Vermuthung nach anzunehmen ist, oder der Abwesende zurückkehrt. Ein Decret ist in allen diesen Fällen nicht erforderlich. Die Todeserklärung bey Verschollenen hat blos die Beendigung der Curatel zur Folge. Ferner 4) die Curatel der Minderjährigen durch die erreichte Volljährigkeit, oder durch Großjährigkeitserklärung, von welcher schon an andern Orten [24]) gehandelt worden ist. 5) Die Cura verstandloser Personen soll sich nach dem neuern röm. Rechte [25]) erst mit dem Tode derselben endigen. In lichten Zwischenräumen kann zwar der Curand selbst handeln, die Curatel selbst aber ist nicht aufgehoben, sondern nur in Rücksicht der Verwaltung suspendirt. Da in solchen Zeiten der furiosus eben so handeln kann, als ob er gar keinen Curator hätte: so kann man in dieser Beziehung mit Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t.* wohl sagen, der furiosus sey nur so lange in der Curatel, bis er den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat: quod si evenerit, *ipso iure* desinit esse in potestate curatoris. Der Curator soll nur insofern bleiben, als nachher kein neuer Curator braucht ernannt zu werden, sondern der vorige wieder in sein Amt eintritt, wenn der Zustand des Wahnsinns wieder zurückkehrt. Nur 6) bey der Cura der Verschwender ist es streitig. Ulpian verbindet beyde

24) S. den Commentar Th. 2. §. 130. S. 226. und Th. 31. §. 1353. a. S. 144. ff.

25) *L.* 6. *C. de curat. furiosi vel prodigi.*

in einem Satze. *Et tam diu erunt* AMBO *in curatione*, sagt er, *quam diu vel furiosus sanitatem, vel* ILLE *sanos mores receperit: quod si evenerit,* IPSO IURE *desinunt esse in potestate curatorum.* Daraus haben mehrere Rechtsgelehrten [26]) folgern wollen, daß bey Beyden in Rücksicht des Aufhörens der Curatel gleiche Rechte Statt finden. Ulpian wolle nämlich mit den angeführten Worten soviel sagen: „Wenn der Rasende und Verschwender wieder in einen Zustand der Vernünftigkeit zurückkehren; so höre die Curatel über Beyde ipso iure auf.“ Nach einigen soll sie dann ganz aufhören [27]). Andere [28]) aber wollen dieses nicht so verstehen, als ob bey einer totalen Besserung des Verschwenders derselbe ipso iure, und ohne ein richterliches Decret, von der potestas seines Curators befreyt werde. Dieß würde dem Geist der Gesetze widersprechen. Den Worten: *ipso iure:* sey vielmehr der Sinn unterzulegen, sobald man unbezweifelte Kennzeichen eines vernünftigen Willens des Curanden habe, so sey anzunehmen, daß in dem Zeitmoment, in dem diese Kennzeichen eingetreten sind, die Curatel ipso iure aufhöre. Denn auch ein Verschwender könne sogut, wie ein furiosus, dem er gleichgestellt werde, lichte Zwischenräume haben. Bey einem Verschwender sey zwar die untrügliche Kenntniß eines interimistisch zurückgekehrten vernünftigen Willens ungleich schwerer, als bey einem Rasenden, weil der Abstand der Handlungsweise eines Rasen-

26) S. DONELLUS c. l. GOEDDAEUS de contrah. et committ. stipulat. Cap. VII. nr. 163. und Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. §. 12. S. 92. ff.

27) Z. B. DONELLUS III. 22. in fin. und GOEDDAEUS c. l.

28) Hoppe a. a. O.

den von der eines Vernünftigen zu groß ist, als daß man nicht bey verändeter Handlungsweise die zurückgekehrte Vernünftigkeit erkennen sollte. Diese Kenntniß sey also nur aus der Handlung zu entnehmen, die das unverkennbare Gepräge der Vernünftigkeit an sich trägt. Eine solche Handlung sey zum Beyspiel das Testament. Daher müsse auch ein Verschwender eben so gültig testiren können, wie ein Rasender zur Zeit eines lichten Zwischenraums. Allein die meisten Rechtsgelehrten [29]) sind jetzt darin einverstanden, daß die bloße Besserung, wenn sie sich auch in einzelnen Handlungen aussprechen sollte, die Curatel über den Verschwender weder ganz,

29) *Franc.* Duarenus Comment. in Tit. Dig. de Verb. Obligat. ad L. 6. h. t. (*Oper.* pag. 730.) *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Recederem* Tom. II. *Opp.* pag. 590. Domat les Loix civiles dans leur ordre naturel Tom. II. Livr. II. Tit. II. Sect. I. §. 12. pag. 69. (*a Paris* 1695. 8.) *Ulr.* Huber Praelect. ad Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 5. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. Pothier Pand. Justinian. h. t. Nr. XVI. not. g. pag. 168. *Bav.* Voorda Thes. controvers. Dec. XXVIII. §. 10. pag. 388. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. Tom. IV. ad L. 1. h. t. pag. 505. *Bernh. Henr.* Reinoldus Varior. Cap. 41. (in *Opusc. iurid.* a Juglero *editis. Lugd. Batav.* 1755. 8. pag. 227—230.) Thibaut Syst. des Pandectenrechts. 1. B. §. 546. Mackeldey Lehrbuch des heutigen röm. Rechts. 2. Bd. §. 592. Mühlenbruch doctr. Pand. Vol. II. §. 340. Nr. II. Gesterding Cura prodigi. §. 1. in der Ausbeute von Nachforschungen 1. Th. S. 55. Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts. 1. Bd. §. 251. S. 952. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen. 2. Theil. §. 322. S. 443.

noch in den Zeiten aufhebe, wo diese Handlungen vorgenommen worden sind, sondern, so wie bey der Anordnung der **cura prodigi** der verschwenderische Lebenswandel zuvor durch gerichtliche Untersuchung ausgemittelt, und dem Verschwender durch obrigkeitliches Decret die Verwaltung seines Vermögens müsse untersagt werden; eben so höre auch die Curatel über den ökonomisch werdenden Verschwender anders nicht auf, als wenn die Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung das Interdict wieder aufhebt, und ihm die Selbstverwaltung seines Vermögens wieder gestattet. Wenn nun auch Ulpian *L.* 1. *cit.* sage, **prodigum, si sanos mores receperit,** ***ipso iure*** **desinere in potestate curatoris esse,** so schließt dieß keineswegs die richterliche Untersuchung, und das Decret der Obrigkeit aus. Denn ob sich der Verschwender wirklich gebessert habe, beruht auf Thatsachen, und setzt eine Untersuchung der Obrigkeit voraus. Hat sich nun aus dieser Untersuchung eine wahrhaft ökonomische Lebensbesserung des Prodigus ergeben; so hört der Prodigus ***ipso iure*** auf, in der **potestas** seines Curators zu seyn, wie Ulpian sagt, welches nun wohl vernünftiger Weise keinen andern Sinn haben kann, als den, daß nun die Curatel über den Prodigus, selbst nach dem strengen Civilrecht, ja selbst den Gesetzen der zwölf Tafeln zu Folge, aufzuheben, und die Obrigkeit nun zur Zurücknahme der Interdiction, und also zur Aufhebung dieser **cura** genöthiget sey. Domat[30]) sagt daher ganz richtig: **Quoiqu'il soit vrai, que la resipiscence mette le prodigue et l'insensé en état de reprendre le soin de leurs affaires; il**

30) Cit. loc. Tom. II. pag. 69.

est nécessaire à l'égard du prodigue, que comme il est interdit en justice, il fasse lever l'interdiction, tant pour la décharge de son curateur, que pour la sûreté de ceux qui auront à traiter avec lui. Noch ausführlicher sagt Reinold[31]): Ipse ULPIANUS illis verbis *ipso iure* non magis decretum Praetoris excludere puto, quam quum Jureconsulti ajunt: *lege prodigo bonis interdici*, ipsos Praetoris interdicto non esse opus existimare, statui potest. ULPIANUS in eadem *L.* 1. *h. t.* ait: *Lege XII Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio*, et in *L.* 5. §. 1. *D. de acquirenda vel omitt. hered. Eum, cui* LEGE *bonis interdicitur.* An ergo Praetoris nullae sunt partes, cum Lege ipsa interdicatur? Nunquam id existimavit ULPIANUS. Nam *Fragm. Tit.* 12. ait. *Lex XII Tabularum furiosum itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.* Lex vult prodigis bonis interdici, et si interdictum sit, eorum curationem pertinere ad agnatos. Eiusdem legis sententia est, ut is, qui prodigus amplius haud sit, nec curatorèm habeat. Lege ergo is, cui bonis erat interdictum, si sanos mores receperit, non cogitur amplius esse in curatione. *Lege ipsa a curatione liber est, modo Praetori fides sit facta de recuperata morum sanitate, atque ille decreto suo id declaraverit.* Ab hoc decreto interposito quidquid is, cui bonis interdictum fuerat, etiam absque curatore gesserit, id firmum ratumque est, quamvis eo decreto Praetor non jusserit diserte, ei bona restitui, et cura-

31) Opuscul. pag. 229. seq.

tor ipse nondum restituerit. Nam decreto etiam his verbis pronunciato: *Videri eum ad sanos mores rediisse*, ipso iure curatio cessabat, atque ius bona sua administrandi dominus recipiebat. Uti ergo interdicto interposito curatio prodigi pertinet ad agnatos: *ita et si pronuntiarit Praetor, fidem sibi de sanis moribus receptis factam, statim cessat curatio, lege XII Tabularum ita volente.*

Uebrigens nimmt das römische Recht bei Verschwendern nicht so, wie bey wirklichen Verstandlosen, lichte Zwischenzeiten an.

Lib. XXVIII. Tit. I.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant.

§. 1399.

Einleitung. Literatur.

Mit diesem 28sten Buche der Pandecten beginnt, nach Justinians Eintheilung derselben in septem partes, der fünfte Theil, welcher die Lehre von der hereditas testamentaria enthält. Er wird daher de testamentis genennt[32]). Nur dieses testamentarische Erbrecht ist es, welches einen jetzt noch zu erörternden wichtigen Gegenstand dieses Commentars ausmachen wird, weil ich die Lehre von der Intestaterbfolge sowohl nach älterm als neuerem römischen Rechte schon in einer eigenen bekannten Schrift dargestellt habe. Die allgemeinen Begriffe und Grundsätze von Erbrecht überhaupt sind auch schon an andern Orten[33]) von mir vorgetra-

32) S. Constitut. *Tanta* de confirmat. Digestor. §. 6.

33) S. den 6. Th. dieses Commentars. §. 536—543. und die Intestaterbfolge. §. 1.

gen worden. Von diesen hier auszugehen, würde also eine höchst unnütze Wiederholung seyn. Uebrigens ist das Erbrecht sowohl überhaupt als insonderheit das testamentarische, nicht nur von den ältern, sondern auch vorzüglich von den neuern Rechtsgelehrten mit großem Fleiße bearbeitet worden. Die vorzüglichsten Schriften sind.

1) Zur Geschichte dieser Rechtslehre.

Eduard Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung; auch unter dem Titel: das römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. 1. Bd. Berlin 1824. 8. 2. Bd. Berlin 1825. 3. Bd. Stuttgart und Tübingen 1829. Dieser 3. Band hat auch den Titel: Das Erbrecht des Mittelalters von Ed. Gans. Stuttgart und Tübingen 1829. 8.

Fr. Carl von Savigny Beytrag zur Geschichte der römischen Testamente; in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 1. Bd. (Berlin 1815.) S. 78—95. Ferner Desselben Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. S. 82. ff. und 2. Bd. S. 182—186.

J. H. Dernburg Beyträge zur Geschichte der römischen Testamente. Bonn 1821. 8.

Spangenberg Beytrag zu der Lehre von Testamenten; (im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Egid. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 5. Bd. S. 144—176.)

Christ. Wilh. WALCH Diss. de mutata a Constantino M. testamenti iuris civilis forma. *Jenae* 1823.

Heinr. Ed. Dirksen Uebersicht der bisher. Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. (Leipz. 1824.) S. 320—342.

Aeltere Literatur.

Christ. THOMASII Diss. de origine successionis testamentariae. *Hallae* 1705. 4. EJUSD. Diss. Prima initia successionis testamentariae apud Romanos. *Ibid. eod.* 4. EJUSDEM Diss. de sensu legis decemviralis testamentariae. *Ibid eod.* 4.

Jo. Gottl. HEINECCII Diss. de origine testamentifactionis, et ritu testandi antiquo ad L. 120. D. de Verb. Signif *Franequ.* 1726. 4. (in *Opusculor. varior. Syllog.* (*Hallae et Magdeb.* 1735. 4.) Exercit. XXVII. pag. 970—1003.)

Jo. Henr. SUMMERMANNI Conjecturar. de origine et progressu testamentorum apud Romanos pariter ac Germanos aliosque populos Specim. I. *Berolini* 1735. 4.

Albert. Diet. TREKEL Tractatio de origine atque progressu testamentifactionis, praesertim apud Romanos, cum praefat. *Ge. Christ.* GEBAUERI. *Lipsiae* 1739. 4.

Jo. Joach. Car. de BERNSTORF Analecta historica ad doctrinam testamentorum. *Goetting.* 1775.

2) Exegetische Schriften.

Jacobi CUJACII Commentarii ad Tit. I—IV. huius Libri: (in *Operib.* quae de iure fecit, et ipse edi voluit. *Hannoviae* 1602. f. Tom. II. pag. 204—258.)

Franc. DUARENI Comment. in libr. XXVIII. — Lib. XXXV. Tit. 2. (in *Opper. Francof.* 1592. f. pag. 312 — 575.)

Viglii ZUICHEMI Commentaria in decem titulos Institutionum, (ex Libr. II. Tit. 10 — 19.) quibus omnia pene testamentorum iura eleganter et dilucide explicantur. *Basiliae* 1534. f.

Henr. Theod. PAGENSTECHER in Sexti Pomponii ICti ad Sabinum de re testamentaria et de bonorum possessionibus libros quatuor Commentarius. *Lemgoviae.* 1750. 4.

Andr. Flor. RIVINI Diss. Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquias, in institutionibus Imp. Justiniani repertas, et notis illustratas exponens, (*auctor Christph.Gottl.* THILO) *Vitembergae* 1752. 4.

Ernst Christ. Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten, deren Erblasser, und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Leipzig 1790. 8. Desselben systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig 1790. 8.

A. L. G. de REICHE Commentatio ad titulum Pandectarum Lib. XXVIII. Tit. I. Qui facere possunt testamenta, et quemadmodum testamenta fiant. *Goettingae* 1796. 8.

3) Doctrinelle Schriften.

Hug. DONELLI Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 4 — 28.

Jo. Voet Comm. ad Pand. ad Libr. XXVIII — XXXVI.

Lud. God. Madihn Principia iuris Rom. de successionibus seu de iure hereditario. Edit. 2. *Francof. ad Viadr.* 1792. 8.

E. Siebenkees Abhandl. von Testamenten. Nürnberg. 1791. 8.

Just. Claproths Abhandlung von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Aufl. Göttingen 1797. 8.

Joh. Ludw. Koch Versuch einer systemat. Darstellung der Lehre von dem testamentarischen Erbrechte. 1. Th. Frankf. 1813.

Siegm. Wilh. Zimmern Grundriß des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts. Heidelberg 1823. 8.

Adolph Carl Heinrich von Hartitzsch das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten bearbeitet nach Haubold. Leipzig 1827. 8.

4) Practische Schriften.

Sam. Stryck Tract. de cautelis testamentorum. *Hallae* 1738. 4.

D. L. von Eichmann Versuch über die Behutsamkeit beym letzten Willen. 2 Theile. Halle 1783. 8.

H. E. F. Bolley Drey und dreyßig Aufsätze über Testamente, Erbschafts= und andern Theilungen. Stuttgart 1808. 8.

C. H. A. Punge theoretisch=practische Anleitung zur Abfassung letzwilliger Verfügungen. Lemgo 1810. 8.

5) Schriften welche einzelne Materien des testamentarischen Erbrechts erörtern.

J. PAGENSTECHER Discusiones testamentariae. *Groening.* 1703.

Christph. Frid. HARPPRECHT Lanx satura rerum ad testamentarias leges attinentium. *Tubingae* 1744. 4.

God. Dan. HOFFMANN Observationes quaedam testamentariae. *Tubingae* 1754. 4.

Christ. Gotth. HÜBNERI Disputationum iuris civilis liber primus (insunt Disputationes testamentariae). *Jenae* 1806. 8.

J. A. Seuffert Erläuterung zu den Lehren des Erbrechts. Würzburg 1820.

§. 1399. a.

Begriff vom Testament. Erläuterung der L. 1. D. h. t.

Die testamentarische Erbschaft, welche durch Testament deferirt wird, begründet immer eine directe Erbfolge, d. h. eine solche Art der Universal-Succession, da der Successor ohne Dazwischenkunft einer Mittelsperson in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen nach desselben Tode eintritt, und desselben Person repräsentirt. Eine solche wird auch immer in den Gesetzen verstanden, wenn sie von einer hereditas sprechen. Daher sagt Justinian §. 2. *J. de codicillis* (II. 25.) Codicillis autem *hereditas* neque dari, neque adimi potest, ne confundatur ius *testamentorum* et *codicillorum*, et ideo nec exheredatio scribi. *Directo* autem *hereditas* codicillis neque dari neque

adimi potest: nam *per fideicommissum* hereditas codicillis iure relinquitur. Also nur durch Testament kann die testamentaria hereditas bewirkt werden. Sie setzt aber ein gültiges Testament voraus, wenn dadurch die Intestaterbfolge ausgeschlossen werden soll.

Hierauf geht denn auch der Begriff vom Testament, der uns *L.* 1. *h. t.* aus des Modestinus *libro II. Pandectarum* gegeben wird, welcher folgendermaßen gefaßt ist: *Testamentum* est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis[34]) post mortem suam fieri velit. In den Institutionen *Pr. de testam. ordinand.* (II. 10.) sagt Justinian nur, woher die Benennung vom Testament zu leiten sey, wenn es daselbst heißt: *Testamentum* ex eo appellatur, quod testatio mentis est. Diese Herleitung scheint nach Gellius[35]) von Servius Sulpicius entlehnt zu seyn, welcher sagte: *Testamentum* verbum esse duplex, compositum *a mentis contestatione.* Gellius tadelt ihn zwar deshalb; allein er sagt doch selbst: falsa quidem, sed non abhorrens, neque inconcinna *quasi mentis quaedam in hoc vocabulo significatio.* Vollständiger als beyde, definirt Ulpian[36]) das Testament, wenn er sagt: *Testamentum* est mentis nostrae iusta contestatio, in id solenniter facta[37]),

34) Donellus Lib. VI. Cap. 4. §. 2. meint, es müsse nach den Worten quod quis, das Wort *nostrum* ergänzt werden.

35) *Noct. Atticar.* Lib. VI. Cap. 12.

36) *Fragm. Tit. XX.* §. 1. S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 627.

37) Die gemeine Lesart bey *Ant.* Schulting und *Jo.* Canne-

ut post mortem nostram valeat. Die beyden letzteren Stellen kommen darin überein, ein Testament sey nach seiner Origination eine testatio oder contestatio mentis. Ob die Lesart contestatio bey Ulpian die richtige sey, ist zweifelhaft. Nach der Bemerkung des Charondas bey Anton Schulting[38]) lesen einige Handschriften testatio. Auch Joh. Cannegieter[39]) zieht die Lesart vor: *iusta quaedam testatio.*

Man sieht indessen, daß das Wort testamentum von *testari* herkommt, welches Wort sowohl bey den juristischen als nichtjuristischen Classikern ursprünglich eine zweyfache Bedeutung hat. Es heißt nämlich 1) soviel, als Jemanden ein Zeugniß von Etwas geben. In dieser Bedeutung erklärt Theophilus[40]) die testatio mentis in der Stelle der Institutionen, wenn er sagt: *καὶ γὰρ μαρτυρίαν ἔχει τῆς τοῦ τελευτήσαντος διανοίας:* i. e. *etenim testimonium habet mentis defuncti.* Das Wort *testari* bedeutet aber auch 2) soviel, als Jemanden zum Zeugniß in einer Sache auffordern. Hierher gehört die Stelle aus den XII Tafeln, welche Gellius[41]) anführt: *Qui se sierit* TESTARIER, *libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Eben dieselbe Bedeutung hat

GIETER (vid. not. 39.) ist zwar factum; allein die richtigere Lesart facta hat HUGO in iure civ. Antejust. Tom. I. pag. 57.

38) Cit. loc. Not. 3. pag. 627.

39) Ad Domit. Ulpiani fragmenta. Tit. XX. §. 1. pag. 81.

40) *Paraphr. Graec. Instit. ad Pr. de testam. ordin.*

41) *Noct. Atticar.* Lib. XV. Cap. 13. in fin. S. auch Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. S. 607. ff.

auch das Wort *contestari* bey Festus h. v. wo er sagt: CONTESTARI est, cum uterque reus dicit: *Testes estote.* CONTESTARI LITEM dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: *Testes estote.* Beyde Bedeutungen von *testari* liegen bey dem röm. Begriff vom Testament zum Grunde. Daher nennt auch Ulpian *libro I. ad Sabinum*[42]) die Testamentshandlung eine *suprema contestatio*, und sagt, die Zeugen müssen beysammen bleiben, bis die Handlung vollendet ist, und die beym testamento per aes et libram üblich gewesene *nuncupatio*, welche nach Ulpian[43]) darin bestand, daß der testator, tabulas testamenti tenens, also sprach: *Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium perhibitote*, wird ausdrücklich TESTATIO genannt.

So wie nun gewöhnlich der Name einer Sache eben aus dem, was sie ist, geschöpft wird, der Grund des Namens also mit dem Wesen der Sache identisch ist, so daß der Name die Sache vollständig ausdrückt; so nannte man also auch im engern Sinne eine letztwillige Verfügung über das Vermögen, wodurch der Verfügende erklärt, wie es damit nach seinem Tode gehalten werden solle, nach der dabey vorkommenden Aufforderung von Zeugen ein Testament[44]), gerade so wie

42) *L.* 20. §. 8. *D. h. t.*

43) *Fragm. Tit. XX.* §. 9. Bey den übrigen Mancipationen findet sich eine solche Aufforderung an die dabey vorkommenden Zeugen nicht. S. Gajus *Institut. Comment. I.* §. 119. Ulpian. *Fragm.* Tit. XIX. §. 3.

44) S. Charondas ad Ulpian. Tit. XXI. not. 2. in Schulting... Glücks Erläut. d. Pand. 33. Th.

man das Verfahren der Partheyen vor dem Magistrate (in iure) wegen der dabey vorkommenden Zeugenaufrufung, nach der oben vorgekommenen Stelle des Festus, *Litis contestatio* nannte, wenn gleich das Aufrufen der Zeugen mit der Formel: *Testes estote*, eigentlich nur einen Theil dieses Verfahrens ausmachte [45]). Allein das Testament hat nur von der testatio mentis seinen Namen. Es ist auch keine bloße voluntatis nostrae sententia, sondern, wie Modestin sagt, eine *iusta sententia*, oder, wie Ulpian sich ausdrückt, eine mentis nostrae *iusta contestatio*. Daß der Ausdruck *iusta sententia* auf eine civilrechtliche Verfügung hindeute, im Gegensatz des Codicills, welches erst eine Erfindung späterer Zeiten ist, und nicht den legibus populi Romani, sondern den moribus seinen Ursprung verdankt, hat keinen Zweifel [46]). Unstreitig hat Modestinus mit den Worten: *voluntatis iusta sententia* ein unterscheidendes Merkmal eines Testaments von einem Codicill ausdrücken wollen. Sehr richtig hat daher Hugo Donellus [47]) bemerkt, daß das Wort *iusta* mehr sagen wolle, als daß ein letzter Wille rechtsgültig seyn müsse, welcher ein Testament seyn soll. An sich hat es freylich seine Richtigkeit, daß nur eigentlich ein rechtsgültiges Testament diesen Namen verdiene. Ulpian sagt

TING Jurispr. Antej. pag. 627. und Dernburg angef. Beyträge §. 3.

45) S. Keller über Litis-Contestation und Urtheil. §. 1.

46) *Princ. J. de codicill.* (II. 25.) S. *Franc.* Duarenus ad L. 1. h. t. *Opp.* pag. 313. und Schweppe röm. Rechtsgeschichte. §. 440. Not. 2. S. 635.

47) Commentar. Lib. VI. Cap. 4. §. 2.

es ausdrücklich *libro L. ad Edictum* [48]): *Testamentum* autem *proprie* illud dicitur, *quod iure perfectum est*; sed *abusive* testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta; itemque imperfecta solemus testamenta dicere. Allein Codicille sind ja auch rechtsgültige letzte Willensverfügungen. Donellus meint daher, das Wort *iustum* habe hier eine doppelte Bedeutung. Es deute theils auf den ritus solennis hin, mit welchem ein Testament errichtet wird, dergleichen ein Codicill nicht erfordert [49]), theils auf die Vollständigkeit des Willens, denn ein Testament umfasse das ganze Vermögen des Testirers; es unterscheide sich also auch darin vom Codicill, daß darin die Ernennung eines Erben geschieht, und eine universi iuris successio begründet wird. Am vollständigsten und richtigsten hat wohl die Worte des Modestinus: *voluntatis iusta sententia*, erklärt Petrus Perrenonius [50]). Er sagt, die wahre Bedeutung derselben sey aus der *L.* 4. *h. t.* zu erklären, wo Gajus, aus dessen *libro II. Institutionum* diese Stelle entlehnt ist, lehrt:

Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is, qui fecit testamentum, habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris civilis testatus sit.

48) *L.* 2. §. 1. *D. Testam. quemadmod. aper.* (XXIX. 3.)

49) §. 3. *J. de codicillis.* (II. 25.) Codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

50) Animadversion. et variar. Lectionum iuris civ. Lib. II. Cap. 21. (in *Thes. iur. Rom. Ottoniano.* Tom. I. pag. 651. sq.)

Soll also das Testament eine *iusta* **voluntatis sententia** seyn, so muß der Testirer 1) die rechtliche Fähigkeit haben, ein Testament zu machen. 2) Das Testament muß den Regeln des Civilrechts gemäß errichtet werden. Es muß also a) die Ernennung eines rechtsfähigen Erben enthalten, und b) die gesetzlich vorgeschriebene Form beobachtet werden. Also *iusta* **sententia** heißt hier nicht blos **solennis**, wie Franz Duarenus [51]), Lud. Charondas [52]) und Westphal [53]) diesen Ausdruck erklären, wenn gleich Papinian *libro I. Definitionum* [54]) sagt: **Testamentum** *non iure factum* **dicitur, ubi** *solennia iuris* **defuerunt**, denn der Ausdruck will hier mehr sagen. Es soll damit eine solche letzte Willensverfügung bezeichnet werden, welche alle Rechts-Erfordernisse eines Testaments hat, und den gesetzlichen Vorschriften von Testamenten gemäß errichtet worden ist [55]).

Wenn Modestin sagt: **Testamentum est** *voluntatis nostrae* **iusta sententia**; so will er durch das Wort *nostrae* zunächst andeuten, ein Testament müsse eine, von jedem fremden Einflusse freye Willensbestimmung seyn, die den bloßen freyen und eigenen Willen des Testirenden ausspricht. Daher sagt der Kaiser Theodosius II. in seiner Novelle *de Testamentis*

51) Comment. ad L. 1. D. h. t. *Opp.* pag. 313.

52) Cit. loc.

53) Von Testamenten §. 6.

54) *L.* 1. *D. de iniusto, rupto, irrito facto testam.*

55) S. *Desid.* Heraldus Rerum et Quaestion. quotid. Cap. XVII. §. 15. und *Jo.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

X

v. J. 439[56]) sehr richtig: Illud quippe est proprie TESTAMENTUM, *quod testantis meram obtinet voluntatem.* Besonders äußert sich darüber Gajus *libro I. de testamentis ad Edictum Praetoris urbani*[57]) sehr bestimmt, wenn er sagt: Illa institutio: *Quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter Veteres decreverunt, *testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, nec ex alieno arbitrio pendere.* Es muß nur aber freylich nicht bey dem bloßen testiren wollen verbleiben. Denn die bloße Aeußerung, man wolle Jemanden zum Erben ernennen, ist noch kein Testament, weil ein Testament eine wirkliche Erbeneinsetzung enthalten muß[58]). Nach Duarens Erklärung soll das Wort *nostrae* noch eine besondere Emphasis haben. Es soll auch darauf hindeuten, daß die testamentifactio ein Vorrecht der röm. Bürger sey.

Wenn endlich Modestin sagt, *de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*; so soll damit angedeutet werden, daß beym Leben des Testirers Niemand aus dem Testament ein Recht erwerbe, sondern erst nach desselben Tode, mithin dasselbe, so lange der Testirer lebt, immer wieder aufgehoben werden könne[59]). Ulpian hat

56) *Novellar. Theodosii* II. Lib. I. Tit. 16. (in Hugo *iur. civ. Antejustin.* Tom. II. pag. 1251.)

57) *L.* 32. *pr. D. de heredib. instituend.* (XXVIII. 5.)

58) *L.* 31. *D. h. t.* Paulus *libro V. Sententiarum.* Eius bona, qui se Imperatorem facturum heredem esse iactaverit, a fisco occupari non possunt. S. Westphal von Testamenten. §. 11.

59) *L.* 4. *D. de adimend. legat.* (XXXVI. 4.)

dieses in seiner Definition noch deutlicher ausgedrückt, wenn er sagt: in id —, *ut post mortem nostram valeat*. Daher die Regel: **viventis nulla est hereditas.**

Nach dieser Erklärung ist also der Begriff von Testament im eigentlichen Sinne des römischen Rechts so zu fassen. Testament ist eine nach Vorschrift der Gesetze eingerichtete letzte Willensverfügung, wodurch ein directer Erbe ernannt wird. In dieser Bedeutung unterscheiden sich Testamente von Codicillen a) darin, daß erstere gleich Anfangs als Gesetze galten. Sie waren **actus legitimi**, welche durch ein Gesetz des röm. Volks bestätigt worden sind [60]). Vielleicht daß Modestin ein Testament, auch von dieser Seite betrachtet, eine *iusta* **voluntatis sententia** nennt, um sie von Codicillen zu unterscheiden. Denn diese waren nicht gleich Anfangs gültig, sondern erhielten ihre Gültigkeit erst nach und nach durch Gewohnheit aus Gründen der Billigkeit und um des gemeinen Nutzens willen [61]). Sodann kann b) in Codicillen kein directer Erbe ernannt, noch substituirt, noch enterbt werden. Dieß ist nur dem Testamente eigen. Es sind hier einige Stellen merkwürdig, welche besonders auf den Unterschied zwischen Testament und Codicill hindeuten.

§. 34. *I. de legatis* (II. 20.) **Quia testamenta vim** *ex institutione heredum* **accipiunt, — ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti** *heredis institutio.*

60) *L.* 130. *D. de Verb. Signif.* **Lege XII. Tabularum testamentariae hereditates confirmantur.**

61) *Pr. J. de codicill.*

L. 20. *D. de iure codicillor.* (XXIX. 7.) PAULUS *libro V. ad Legem Juliam et Papiam.* — JULIANUS ait, tabulas testamenti non intelligi, *quibus heres scriptus non est;* et magis *codicilli*, quam testamentum, existimandae sint. Et hoc puto rectius dici.

L. 14. *C. de testamentis.* (VI. 23.) Imp. DIOCLETIAN. *et* MAXIMIAN. Achilleo. Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, *institutio et exheredatio facta* probant evidenter.

L. 7. *C. de codicillis* (VI. 36.) Imp. CONSTANTINUS A. ad Maximum P. P. Si idem codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? *Igitur specialiter codicillis instituendi, ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est.* Dat. *Pacatiano* et *Hilariano* Conss. 332.

Das Wort *testamentum* hat jedoch noch einige andere Bedeutungen. Es wird auch oft für die Urkunde genommen, welche den letzten Willen eines Verstorbenen enthält, wie z. B. wenn von Eröffnung [62]), oder Verfälschung, oder Unterschlagung eines Testaments die Rede ist [63]).

Sodann bedeutet es auch zuweilen die testamentarische Erbschaft selbst, die durch Testament deferirt wird,

62) Vide Tit. D. *Testamenta quemadmodum aperiantur.* (XXIX. 3.)

63) *L.* 2. *D. de lege Cornelia de falsis.* (XLVIII. 10.) *L.* 16. *et.* 17. *C. eodem.* (IX. 22.) S. DUARENUS c. l. pag. 314.

wovon Brissonius[64]) mehrere Beyspiele[65]) angeführt hat. Zuweilen wird aber auch das Wort Testament in einer so weiten Bedeutung genommen, daß darunter ein jeder letzter Wille verstanden wird, wie ich schon an einem andern Orte[66]) bemerkt habe.

Noch ist zu bemerken, daß in den Urkunden des Mittelalters das Wort testamentum in einer, von der römischen ganz abweichenden Bedeutung nämlich von allen Gattungen brieflicher Urkunden, welche von Zeugen unterschrieben sind, gebraucht wird. So werden daher in den Urkunden des Mittelalters, Stiftungsbriefe, Lehnbriefe, Kaufbriefe, Freyheitsbriefe häufig testamenta genennt[67]).

§. 1400.

Subject des Testaments. Erfordernisse der Willensbestimmung, und Willenserklärung.

Da ein letzter Wille eine bloß einseitige Disposition ist, so ist das Hauptsubject desselben der Testirer. Nach seiner Person ist daher alles zu beurtheilen, was auf Willensbestimmung Bezug hat. Er muß also 1) nicht nur wollen können, und daher das Bewußtseyn von sich haben, und bey sich seyn, sondern auch 2) den Willen, die Absicht und die Fähigkeit haben ein Testament zu

64) De Verbor. Signif. voc. *Testamentum* nr. 2.

65) Z. B. *L. ult. D. de bonor. possess. sec. tabul.* (XXXVII. 11.) *L.* 14. *D. de his, quae ut indign.* (XXXIV. 9.)

66) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 542. S. 559.

67) S. Phil. Wilh. Gercken vermischte Abhandlungen aus dem Lehn- und deutschen Rechte. 2. Th. (Hamburg und Güstrow 1777. 8.) Nr. 5. S. 121—126.

machen[68]). Man nennt diese Fähigkeit ein Testament zu errichten, die active Testamentifaction, zum Unterschied der passiven, welche die Erbfähigkeit des im Testamente Bedachten betrifft[69]). Wie nothwendig der Wille und die Absicht zu Testiren zur Gültigkeit eines Testaments sey, erhellet besonders daraus, weil selbst der Soldat, so sehr er auch übrigens bey Errichtung seines letzten Willens privilegirt ist, dennoch die bestimmte Absicht zu testiren erklärt haben muß, wenn sein Wille als Testament gelten soll. Die bloße discursive Aeußerung, wer einmal sein Erbe werden solle, gilt auch bey Soldaten nicht[70]). Daher ist auch das Versprechen, man wolle ein Testament machen, und darin Jemanden zum Erben einsetzen, an sich unverbindlich, wenn es auch acceptirt worden wäre[71]). Ein Anders wäre, wenn der Erblasser einem Andern geradezu erklärt hätte, daß er nach seinem Tode sein Vermögen haben solle, und dieser es auch acceptirt hätte. Denn hier ist von keinem Testamente die Rede, eine solche Willenserklärung des Erblassers würde heut zu Tage als ein Erbvertrag gelten[72]).

68) S. Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. B. Nr. XLII. §. 5. ff. S. 181. ff. und Schweppe röm. Privatrecht §. 786. und 789.

69) §. 4. *J. de hered. qualit. et different.* (II. 19.) *L.* 16. *pr. D. h. t.*

70) §. 1. *J. de testam. milit.* (II. 11.) *L.* 24. *D. eodem.* (XXIX. 1.)

71) *L.* 31. *D. h. t.* S. *Henr. God.* Bauer Responsor. ad quaestiones ex iure vario dubias Vol. II. (*Lipsiae* 1801. 8.) Resp. 54. pag. 32. sq.

72) S. Joh. Tob. Carrachs rechtl. Erörterung der Frage: Ob

3) Es muß auch der letzte Wille vollendet [73]), et muß verständlich [74]), und mit Bestimmtheit gefaßt seyn [75]), auch auf keinem Irrthum beruhen, ohne welchen die Disposition unterblieben wäre [76]). Er muß endlich 4) von jedem fremdem Einfluß frey [77]), und auf eine solche Art erklärt, und errichtet seyn, daß er alle Erfordernisse eines gültigen Testaments hat. Denn nur ein gültiges Testament wird im eigentlichen Sinne ein Testament genennt [78]).

man wohl aus einem bloßen Handschreiben eines Erblassers ein Erbschaftsrecht sich anmaßen, und darauf klagen könne? Halle 1774. 4.

73) *L.* 25. *D. h. t. L.* 9. *C. eodem.* (VI. 22.) *L.* 11. §. 1. *D. XXXII. de legat.*

74) *L.* 2. *D. de his, quae pro non scriptis habent.* (XXXIV. 8.) und die Notariats-Ordnung Maximil. I. v. J. 1512. Tit. von Testamenten. §. 4.

75) *L.* 9. §. 9. *D. de heredib. instituend.* (XXVIII. 5.)

76) *L.* 9. *pr. et* §. 1. *L.* 92. *D. de hered. instit. L.* 28. *D. de inoff. testam. L.* 4. *C. de hered. instit.* (VI. 24.) *L.* 5. *C. de testam.* (VI. 23.) §. 4. *J. de legat.* (II. 20.) S. Schweppe röm. Privatrecht §. 789. und 790.

77) *L.* 1. *C. de sacrosanct. Eccles.* (I. 2.) Constantinus. Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit, arbitrium.

78) *L.* 2. §. 1. *D. Testam. quemadm. aperiant.* (XXIX. 3.) Auch Quinctilianus *Declamat. CCCVIII.* sagt: Quid est enim *testamentum?* ut opinor, voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis. Non dixerim ego *testamentum*, cui numerus signatorum deest: non dixerim testamentum, cui libripens et emtor familiae, et cetera iure necessaria deerunt.

§. 1401.

Schriftliches und mündliches Testament.

Ein Testament kann sowohl mündlich als schriftlich errichtet werden. Man unterscheidet daher zwischen mündlichen (testamenta nuncupativa) und schriftlichen Testamenten, (testamenta scripta.) Beyde weichen aber nur in der Form, nicht aber in der Wirkung von einander ab. Zuweilen ist es zweifelhaft, ob das Testament ein schriftliches oder ein mündliches sey. Der Grund ist, weil die Rechtsgelehrten in ihren Begriffen nicht übereinkommen. Es kommt nicht blos darauf an, ob bey der Testamentshandlung ein schriftlicher Aufsatz gebraucht worden ist, oder nicht. Dieß sind die unrichtigen Begriffe der ältern Rechtsgelehrten, welche Ferd. Aug. Hommel [79]), mit Recht verworfen hat. Er selbst setzt den Unterschied darin, daß bey einem nuncupativen Testamente den Zeugen der Inhalt des Testaments mitgetheilt, bey einem schriftlichen aber der Inhalt den Zeugen verheimlichet wird. Allein der Testirer kann ja auch bei einem schriftlichen Testamente den Zeugen den Inhalt des Testaments wissen lassen. So führt Cicero [80]) ein Beyspiel von dem Architect Cyrus an, der ein schriftlich Testament gemacht, welches Cicero mit dem Clodius selbst obsignirt habe, und doch habe er die darin eingesetzten Erben den Zeugen offenbaret, testamentum autem palam fecerat, sagt Cicero. Eben dieses that Quintus Tubero bey

79) Diss. de scriptura, eiusque necessitate in testamento nuncupativo. *Lipsiae* 1789. §. XXV. pag. 29.

80) *Orat. pro T. Annio Milone.* Cap. 18. S. Trekell de orig. et progress. testamentifact. §. 35. pag. 144.

Suetonius Tranquillus[81]). Und wie, wenn der Testirer seinen letzten Willen einem der Zeugen dictirt, und die Zeugen nachher ersucht, diesen schriftlichen Aufsatz zu unterschreiben und zu besiegeln, den auch der Testirer selbst in ihrer Gegenwart unterschrieben hat? Wer wird läugnen, daß der Testirer ein schriftliches Testament errichtet habe, wenn er gleich den Zeugen den Inhalt desselben bekannt gemacht hat[82])? Richtiger nennt Hofacker[83]) ein schriftliches Testament ein solches, bey dem die äußere Form in einem schriftlichen Aufsatz besteht, ein mündliches Testament aber ein solches, wodurch der Testirer einen Erben ohne Scriptur ernennt. Es kommt hierbey alles auf die Art und Weise an, wie der Testirer seinen letzten Willen während der Handlung des Testirens erklärt. Besteht diese Handlung, mittelst deren der Testirer seinen letzten Willen gesetzmäßig erklärt, in einem mündlichen Vortrage, so ist es ein mündliches Testament, besteht sie aber in der Vorlegung eines schriftlichen Aufsatzes, so ist das Testament ein schriftliches[84]). Es ändert daher die Natur eines schriftlichen Testaments nicht, wenn solches auch mündlich den Zeugen bekannt gemacht worden; es ändert aber auch eben so wenig die Natur eines mündli-

81) *In Julio. Cap.* 83.

82) *L.* 21. *pr. Cod. de testament.* (VI. 23.) S. Hofacker Princip. jur. civ. Tom. II. §. 1270.

83) Princ. jur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1265. et 1266.

84) *L.* 21. *pr. D. h. t. L.* 58. *pr. D. de. hered. instit.* (XXVIII. 5.) *L.* 21. *pr. et* §. 2. *C. de testam.* (VI. 23.) *L.* 26. *C. eod.* Man vergleiche hier vorzüglich *Christ. Gotth.* Hübner Disputation. juris civ. (testamentar.) Lib. I. Cap. 6. pag. 81.

chen Testaments, wenn solches nachher auch schriftlich wäre aufgesetzt worden, wenn nur in jenem Falle durch Vorlegung des schriftlichen Aufsatzes, in diesem aber durch den mündlichen Vortrag die Erklärung des letzten Willens vom Testator beabsichtiget wird. Der Testirer kann auch beyde Formen mit einander verbinden, welches den Vortheil hat, daß wenn das Testament in der einen Form nicht besteht, es noch in der andern gelten kann [85]. Man nennt dieses ein testamentum mixtum. Es muß nur der Testirer nicht ausdrücklich erklärt haben, daß er nur in der einen Form habe testiren wollen. Denn gilt es nachher in dieser nicht, so ist das Testament ungültig, wenn es auch gleich in der andern bestehen könnte [86]).

Von einem schriftlichen Testamente ist ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum zu unterscheiden. Wenn nämlich der Testirer seinen letzten Willen durch eine mündliche Erklärung errichtet hat; so ist entweder derselbe nachher um des Beweises willen in eine schriftliche Urkunde verfaßt worden, oder nicht. In jenem Falle wird das mündliche Testament ein *Testamentum nuncupativum in scripturam redactum* genennt [87]), in diesem aber ein *testamentum*

85) S. Nettelbladt Diss. de testamento nuncupativo in scriptur. redacto. §. 3. et not. ad h. §. und Hommel cit. Diss. §. 29. et 30.

86) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. *Burkh.* Bardili Disp. de testamento nuncupativo. *Tubing.* 1671. §. 6. und Hofacker Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1270.

87) Man vergl. vorzüglich *Dan.* Nettelbladt Diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. *Hallae* 1753. et [illegible] *ibid.* 1760.

nuncupativum schlechthin oder *simplex*. Es unterscheidet sich also von einem schriftlichen Testamente darin, daß bey diesem der gesetzmäßig errichtete schriftliche Aufsatz die wesentliche Form ausmacht, mittelst welcher der Testirer während der Handlung des Testirens seinen letzten Willen erklärt hat; dahingegen bey einem **testamento nuncupativo in scripturam redacto** der schriftliche Aufsatz nur um des Beweises willen hinzukommt [88]. Es findet hier der nämliche Unterschied, wie zwischen einem Litteralcontract, und einem solchen Contract Statt, der um des Beweises willen schriftlich verfaßt worden ist. Denn so wie der Litteralcontract auf einer schriftlichen Form beruht, und dadurch sein Daseyn erhält, eben so erhält auch ein schriftliches Testament sein Daseyn und Wesen durch die Scriptur, mittelst welcher der Testirer seinen letzten Willen erklärt hat; und gleichwie der schriftliche Aufsatz, welcher bey einem andern Contract hinzugekommen ist, nur zum Beweise dient, eben so dient auch nur zu diesem Behufe der schriftliche Aufsatz, welcher über ein mündliches Testament verfaßt worden ist. Ob übrigens der schriftliche Aufsatz von dem Testirer selbst noch vor dem Act des Testirens, um seinem Gedächtniß zu Hülfe zu kommen, oder derselbe während der Testamentshandlung, oder erst nachher entweder von den Zeugen selbst für das Gedächtniß aus eignem Antriebe gemacht, oder ob die Zeugen auf Verlangen des eingesetzten Erben **ad perpetuam rei memoriam** vernommen, und ihre Aussagen in eine Urkunde gebracht worden sind, ist gleichviel [89]. Das Testament

88) S. NETTELBLADT Diss. cit. §. 1. Not. und HOFACKER c. l. §. 1270. Not. a.

89) S. NETTELBLADT Diss. cit. §. 2. 5. et 6.

wird dadurch nicht in ein schriftliches verwandelt, sondern es bleibt ein mündliches Testament, und es kommt im Betreff der Gültigkeit des Testaments alles auf den mündlich erklärten Willen des Testirers an [90]). Wenn daher auch z. B. der von den Zeugen nach der Testamentshandlung über den Inhalt des letzten Willens gemachte schriftliche Aufsatz die Erfordernisse eines schriftlichen Testaments nicht hat, es haben z. B. nicht alle Zeugen den Aufsatz unterschrieben und besiegelt, es fehlt auch an der Unterschrift des Testirers; so hat dieß auf die Gültigkeit des mündlich errichteten Testaments keinen Einfluß [91]), sondern es ist ein solcher Aufsatz nur nach den Regeln einer beweisfähigen Urkunde zu beurtheilen [92]). Ist über das mündlich errichtete Testament von einem Notar mit Zuziehung von zwey Zeugen eine Urkunde verfertigt worden, so ist durch ein solches Notariatsinstrument, vorausgesetzt, daß die Förmlichkeiten eines nuncupativen Testaments gehörig beobachtet worden, für den Beweis des Testaments auf immer gesorgt, und eine eidliche Be-

90) S. Trekell de orig. et progressu testamentifact. §. 35. pag. 144. Malblanc Princip. iur Rom. P. ult. §. 691. pag. 836. und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 478.

91) S. *Jo. God.* Schaumburg Singularia de testamento nuncupativo capita. *Jenae* 1737. 4. §. 19.

92) S. Schaumburg Diss. cit. §. 20. Hofacker Princ. iuris civ. Tom. II. §. 1271. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 449.

93) S. *Jo. Balth.* L. B. *a* Wernher Select. Observation. forens. Tom. I. P. IV. Obs. 103. Schweppe röm. Privatrecht. §. 817. und Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1418.

stärkung der Zeugen wird nun nicht für nöthig gehalten [93]).

Der Regel nach steht es Jedem frey, ob er mündlich oder schriftlich testiren will. Eben so gleichgültig ist es, ob das mündlich erklärte Testament sogleich oder in der Folge in einen schriftlichen Aufsatz gebracht wird, oder nicht. Von dieser Regel macht aber das Testament eines Blinden eine sehr merkwürdige Ausnahme [94]). Nach einer Verordnung des Kaisers Justinus [95]) kann zwar ein Blinder testiren, er kann aber und darf immer nur ein mündliches Testament errichten. Daher bleibt das Testament des Blinden auch selbst dann ein mündliches, wenn derselbe auch vorher seinen letzten Willen von einem Andern schriftlich hat aufzeichnen lassen. Denn die schon vorher aufgesetzte Urkunde muß nicht blos dem Blinden selbst, sondern auch den sämmtlichen Zeugen vorgelesen werden, und dann erst, wenn allen diesen Personen der Inhalt des Testaments gehörig bekannt gemacht worden ist, soll entweder die schon vorher aufgesetzte, oder die über die mündliche Erklärung des Blinden beym Act des Testirens verfertigte Urkunde unterschrieben und besiegelt werden. Von der Form dieses Testaments wird §. 1406. ausführlicher ge-

94) S. Hofacker (Tom. II. §. 1272.)

95) *L.* 8. *C. Qui testam. facere poss.* (VI. 22.) Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis, seu morbo, vitiove, seu ita nati, *per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis*. S. Marezoll Bemerkungen, Zweifel, und Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem röm. Civilrechte, in von Grolman und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. IV. Bd. Nr. XI. §. 3. S. 168. ff.

handelt werden. Wir haben also hier ein Beyspiel von einem nuncupativen Testamente, welches ohne einen schriftlichen Aufsatz nicht gültig ist. Just. Henn. Böhmer[96]) nennt es deswegen ein testamentum mixtum, welches zugleich aus einem mündlichen und schriftlichen Testamente besteht. Allein Hommel[97]) hat diese Meinung mit Recht verworfen, und Nettelbladt[98]) hat sie gründlich widerlegt. Das Testament eines Blinden ist vielmehr richtiger für ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum zu halten, welches sich von einem andern Testamente dieser Art dadurch unterscheidet, daß es nach Vorschrift der Gesetze eine schriftliche Aufzeichnung erfordert, und auch bey dieser die bestimmte Form beobachtet werden muß. Wegen dieser Eigenheit nimmt die Notariats-Ordnung Maximilian I. noch eine dritte Gattung von Testamenten an. Es heißt nämlich Tit. von Testamenten §. 1.

„Denn nach kaiserlichen Rechten und Gesetzen sind zweyerley Testament: das ein, das in Schriften geschieht, oder durch Mittel einer Schrift, die beschlossen oder zugemacht ist. Das ander das gemeiner ist, das man allein durch mündliche Erklärung ohne Schrift, oder unschriftliche Solennität aufzurichten pflegt, und darum *Nuncupativum* gemeinlich, das ist, ein ausgesprochen Testament genannt wird, und zu seinem

96) Diss. de testamento non praelecto. *Hallae* 1759. §. VII. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. IV. pag. 906.)

97) Diss. de scriptura eiusque necessitate in testam. nuncupativo. §. XXII.

98) Diss. cit. de testamento nuncupativo in scriptur. redacto. §. XI. et not. ad h. §.

Wesen oder Substanz keine Schrift bedarf. Item man mag auch noch von einem dritten Geschlecht eines Testaments darzu thun, als das gemacht wird von einem der blind ist, Frauen oder Mann, auch durch mündlich Aussprechen, aber doch nicht ohne Schrift, und nehmlich die von einem Notarien, und auch von den Zeugen darzu sonderlich genommen und erbeten mit ihren allen eigenen Händen unterschrieben, auch mit derselben aller Signet bezeichnet wird."

Ist also hier die Urkunde nicht nach Vorschrift der Gesetze verfaßt, so ist das ganze Testament nichtig.

§. 1402.

Religiosität und gesetzliche Kraft der Testamente.

Es ist ein sehr richtiger Gedanke, daß das Testament bey den Römern, als die letzte Willensäußerung eines Sterbenden, eine Art von Heiligkeit und religiöser Bedeutung hatte [99]). Die Römer schienen darin gleichsam ein solatium mortis, wie Quinctilian [100]) sagt, zu finden, daß ihr Wille auch noch über den Tod hinaus galt. *Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium*, fügt er hinzu, *si non integram legem habet*, et cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus. Daher die große Sorgfalt, welche die Römer auf die unverfälschte Erhaltung ihrer Testamente verwandten. Denn man

99) S. Gans röm. Erbrecht. 2. Band. S. 148. ff.

100) *Declamat. CCCVIII.*

pflegte die Testamente in den Tempeln der Gottheiten, besonders bey den Vestalinnen, als den vorzüglichsten Priesterinnen, verwahrlich zu hinterlegen [1]). Selbst der Staat war bey der Vollziehung der Testamente interessirt. **Publice enim expedit,** sagt Paulus *libro VIII. ad Plautium* [2]), **suprema hominum iudicia exitum habere.** Hierzu kam noch der Umstand, daß die Römer in ihren Testamenten gewöhnlich auch über ihr Begräbniß verfügten, und darin anordneten, was zur Religiosität desselben gehörte, an dessen strengen Beobachtung ihnen um so mehr gelegen war, weil sie nach ihren Religions-Grundsätzen den Zustand eines Verstorbenen für unglückselig hielten, dessen Leichnam nicht gehörig ist beygesetzt worden [3]). Hierauf bezieht sich, was Modestinus *libro VIII. Responsorum* [4]) sagt: **Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali conditione, si reliquias eius in mare abiiciat. Quaerebatur: cum heres institutus conditioni non paruisset, an expellendus esset ab hereditate? MODESTINUS respondit: laudandus est magis, quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memor humanae conditionis sepulturae tradidit.** Da-

1) *L.* 4. §. 3. *D. Famil. ercisc.* S. LIPSIUS ad Taciti Annal. Lib. I. Cap. 8. und ad Suetonium in Caesar. Cap. 83. besonders *Henr. Jo.* ARNTZENII Miscellaneor. lib. (*Trajecti ad Rhen.* 1774. 8.) Cap. XIII. pag. 134. sqq.

2) *L.* 5. *D. Testam. quemadm. aperiant.*

3) S. CUPERUS Observat. Lib. I. Cap. 20. und GORNS de Cenotaphio. Cap. VI. §. 8.

4) *L.* 27. *pr. D. de condition. institution.*

her werden die Testamente in Ansehung ihrer Gültigkeit den Gesetzen gleichgestellt. **In publicis,** sagt Cicero[5]), **nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.** Sie hatten auch in den ältesten Zeiten ungemein viel mit den Gesetzen gemein, selbst in Ansehung der Form. Denn sie konnten ursprünglich, wenn sie nicht von Soldaten vor der Schlacht errichtet wurden, (**testamenta in procinctu**), eben so wie die Gesetze, anders nicht, als auf den Comitien des römischen Volks, (**calatis comitiis**) gemacht werden[6]). **Iisdem comitiis, quae** *calata* **appellari diximus,** sagt Gellius, **et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant.** Da die Testamente **in calatis comitiis** eine **hereditas pecuniae** und **sacrorum** bewirkten, und also wegen des innigen Zusammenhanges, in welchem das Vermögen und die **sacra privata** bey den Römern standen, zum **ius pontificium** gehörten[7]); so waren diese **Comitia calata,** in welchen die Testamente errichtet wurden, ohne Zweifel jene Curiat-Comitien[8]),

5) *Philippica II. cap.* 42.

6) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XV. cap. 27. Ulpian. *Fragm.* Tit. XX. §. 2. Gajus *Comm. II.* §. 101. und §. 1. *J. de testam. ordinand.*

7) Cicero *Orat. pro domo Cap.* 13. 14. *et* 15. Cicero *de Legib.* Lib. II. Cap. 19. et 21. S. von Savigny über die juristische Behandlung der sacra privata bey den Römern. (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. 2. B. S. 362. ff.)

8) S. *M. Aurel.* Galvanus de Usufructu. Cap. X. §. VIII. pag. 77. (edit. *Tübing.* 1788. 4.) *Arn.* Vinnius Comment. ad §. 1. Inst. de testam. ordinand. nr. 1. Christ. Ferd. Schulze von den Volksversammlungen der Römer

von denen Labeo bey Gellius sagt, sie würden pro collegio Pontificum, oder, wie sich Gellius [9]) selbst ausdrückt, arbitris Pontificibus gehalten, es waren die Comitien, in denen sich der Patricier vor der Versammlung der Curien durch die Sacrorum detestatio von der gens feyerlich lossagte [10]), und durch Testament über seinen Nachlaß verfügte, welches der Soldat vor dem zur Schlacht gerüsteten Heere that [11]), ja selbst das Heer stellte auch eine Art der Volksversammlung vor [12]). Suetonius [13]) und Tacitus [14]) nennen wenigstens das Heer ausdrücklich eine militum concio. So wie nun die Testamente durch diese Form Gesetzes Kraft [15]), eben so erhielten beyde Arten derselben ein

S. 296. f. Hüllmann Staatsrecht des Alterthums. S. 369. und Gans röm. Erbrecht. 2. B. 2. Absch. 1. Kap. S. 52.

9) *Noct. Atticar.* Lib. V. Cap. 19.

10) S. von Savigny über die sacra privata der Römer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 2. Bd. S. 402.

11) S. Niebuhr röm. Geschichte. 1. Th. S. 372. Not. 344. (der 3. Ausgabe Berlin 1828.)

12) S. Schweppe röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 447. Not. 1.

13) In *Galba* Cap. 16.

14) *Histor.* Lib. I. cap. 18.

15) Hierauf deutet auch wohl das uti *legassit* in den XII Tafeln hin, denn die Gesetze brauchen vom Testator immer den Ausdruck legem dicit testamento. *L.* 14. *D. h. t.* *L.* 114. §. 14. *D. de legat. I.* (XXX.) Noch Justinian *Nov. XXII. cap.* 2. sagt daher: Statuat quisque de rebus suis, ut decet, et voluntas illius *lex* sit, sicut etiam nostrarum legum antiquissima, quaeque prima

religiöses Ansehen. Die Testamente **in comitiis calatis**, wegen der Heiligkeit der Curiatcomitien, welche wesentlich religiös=geschlechtliche Versammlungen waren [16]); die **testamenta in procinctu** aber wegen der religiösen Schlachtweihe der zum Streit gerüsteten Soldaten [17]). Daher wurden ohne Auspicien weder Comitien gehalten, noch Schlachten geliefert [18]). Auf solche Art standen also die Testamente mit dem **ius sacrum** in der genauesten, ja in so enger Verbindung, daß, wie uns Cicero [19])

fere Rempublicam Romanam constituit. *Lex* scilicet *XII. Tabularum*, juxta patriam antiquam linguam inquit, ita dicens: *uti legassit quisque de rebus suis, ita ius esto*. S. *God. Dan.* Hoffmann Observation. quaedam testamentar. Obs. I. Auch hat Schweppe in der röm. Rechtsgeschichte §. 440. Not. 1. nicht ohne Grund bemerkt, das Wort *legare* könne damit zusammenhängen, daß das Testament ursprünglich auf einem Volksschluß beruhte, welches denn auch nachher noch immer die Folge hatte, daß der Testator Befehlsweise, legis modo, verfügen mußte. Ulpianus *Fragm. Tit. XXIV.* §. 1.

16) S. Schulze von den Volksversammlungen der Römer. 3. Abschn. 1. Kap. S. 294. ff. u. Gans Erbrecht 2. Bd. S. 52.

17) S. *Aug. Frid.* Schott Diatr. de testamento in procinctu facto (in Opusc. *Lipsiae* 1770. 8. pag. 159. sqq.) Gans 2. B. S. 48.

18) Cicero *de Divinat. L. II. cap.* 36. *de natura Deor.* Lib. II. cap. 3. Livius Lib. I. cap. 36. Macrobius *Saturnal.* Lib. I. cap. 12. Comitia *auspicabantur*. Man vergleiche Schulze in der angef. Schrift. 2. Abschn. 3. Kap. Nr. VI. S. 218. ff.

19) *De natura deorum.* Lib. II. Cap. 3. Itaque maximae reipublicae partes, in his bella, quibus reipublicae salus continetur, *nullis auspiciis* administrantur; nulla per-

berichtet, mit dem Untergange der Auspicien bei der Schlachtweihe auch die testamenta in procinctu aufhörten. Hieraus erklärt sich, warum man schon gleich Anfangs sagte, die testamenti factio sey *iuris publici*. Denn das ius sacrorum gehörte, wie Ulpian[20]) lehrt, zum publicum ius, und Cicero[21]) sagt in dieser Beziehung: Dico apud Pontifices, augures adsunt, *versor in medio iure publico*[22]).

§. 1408.

Testamenti factio ist iuris publici. Erläuterung der *L.* 3. *D. h. t.*

Wenn jedoch noch Papinian[23]) zu seinen Zeiten sagt: Testamenti factio non privati, sed publici iuris est; zu welchen doch die testamenta in comitiis und in procinctu längst außer Gebrauch gekommen, und durch andere Formen verdrängt waren; so muß jener Satz wohl auch eine andere Bedeutung erhalten haben. Nachdem nämlich durch die Gesetze der XII Tafeln die Privattestamente waren bestätiget, und durch dieselben sanctionirt worden, daß dasjenige, was Jemand auf den Todesfall über sein Vermögen verfügt

omnia servantur, nulla ex acuminibus; nulli viri vocantur, *ex quo in procinctu testamenta perierunt*. S. Schott cit. Diatr. in *Opusc.* pag. 161.

20) *L.* 1. §. 2. *D. de Justit. et iure.*

21) Orat. pro domo sua ad Pontifices. Cap. XIII.

22) S. *Ed.* Henryson Commentat. in Tit. 10. Lib. II. Inst. de testam. ordinand. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 428.)

23) *L.* 3. *D. h. t.*

hätte, wie ein Gesetz gelten sollte; (*Uti legassit suae rei, ita ius esto*)[24]) so wurden Testamente nun darum zu dem öffentlichen Recht gerechnet, weil man sie nicht als die bloße Schöpfung privater Willkühr, sondern als den Ausfluß aus einem öffentlichen Gesetz betrachtete, dessen Vorschrift daher durchaus nicht willkührlich abgeändert werden könne[25]). Der Ausdruck *ius publicum* wird also hier in der Bedeutung genommen, in welcher derselbe Papinian sagt: *Jus publicum* **privatorum pactis mutari non potest**, d. h. ein Recht, welches in öffentlichen Gesetzen seinen Grund hat, und auf einer durchaus gebietenden Vorschrift beruht, welche keiner Privatwillkühr unterworfen ist. Daß aber die röm. Rechtsgelehrten die Testamentifactio wirklich aus dem Grunde zum ius publicum rechnen, weil dieselbe auf einer lex publica beruht, der durch Privatdispositionen nicht willkührlich derogirt werden darf, erhellet aus folgenden Stellen.

1) Gajus *Institut. Comment. II.* **§. 104.** Er spricht daselbst von der Mancipation beym testamento per aes et libram, und läßt den familiae emtor folgende Formel aussprechen: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque, quo tu iure* TESTAMENTUM *facere possis*, SECUNDUM LEGEM PUBLICAM[26]), *hoc*

24) *L.* 120. *D. de Verb. Signif.* S. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 440. S. 635.

25) S. v. Savigny Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. Kap. III. S. 130. f. und Gans Erbrecht. 2. Bd. 2. Abschn. 1. Kap. S. 88. f.

26) Diese *Lex publica* ist wohl keine andere, als das Gesetz

aere, et ut quidam adiiciunt, *aeneaque libra, esto mihi empta*[27]).

2) *L.* 27. *D. de divers. regul. iuris.* POMPONIUS *libro XVI. ad Sabinum.* Nec ex praetorio, nec ex solemni iure privatorum conventione quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure, et per pacti conventi exceptionem, quia actionum modus, vel lege, vel per Praetorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.

3) *L.* 55. *D. de legat. I.* (XXX.) POMPONIUS *libro IX. ad Sabinum.* Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.

4) *L.* 13. *C. de testamentis.* (VI. 23.) Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. Euriphidae. Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa: non autem iurisdictionis mutare formam, vel iuri publico derogare cuiquam permissum est.

Die Testamenti factio ist also in dreyfacher Hinsicht iuris publici[28]).

der XII Tafeln. S. Schweppe röm. Rechtsgeschichte. §. 448. Not. 5. S. 649.

27) So nach der Restitution von Bluhme in der 2ten vollständigern Ausgabe des Gajus. *Berolini* 1824. 8. pag. 125.

28) Man vergleiche hier vorzüglich GALVANUS de Usufructu. Cap. X. nr. 11—XIV. pag. 75. sq. (edit. *Tübing.*) TREKELL de orig. et progr. testamentifactionis. §. LX. pag. 199. Dernburg Beyträge zur Geschichte der röm.

1) In Ansehung des Rechts ein Testament zu machen. Denn Niemand hat dieses Recht, als dem es die Gesetze gestatten, und welcher also die in den Gesetzen bestimmte Fähigkeit besitzt. Derjenige, welchem es gesetzlich zusteht, kann es auf keinen andern übertragen, und ihm dadurch die Testamentsfähigkeit mittheilen, welche ihm die Gesetze absprechen; das heißt, es steht nicht in der Willkühr eines Privaten, den Mangel der Testamentsfähigkeit durch seine Auctorität zu ergänzen. Dieß bringt auch die Natur öffentlicher Rechte mit sich, daß sie an die Individuen derer gebunden sind, denen sie einmal gesetzlich zustehen, und nicht auf andere übertragen werden können[29]). Daher können z. B. Personen, die noch in väterlicher Gewalt sind, kein Testament über ihr Peculium, es sey **profectitium** oder **adventitium**, errichten, wenn es ihnen auch der Vater erlauben wollte[30]); und eben so wenig kann der Mangel einer rechtsgültigen Willens-Erklärung beym Testament eines Unmündigen durch die Auctorität des Tutors ergänzt werden[31]). Daher sagt Gajus[32]), man müsse,

Testamente. S. 52. und den 1. Th. dieses Commentars §. 13. S. 90.

29) G. Chr. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer, aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt. (Bonn 1822. 8.) §. 4. S. 18. und §. 5. S. 21. ff.

30) *Pr. J. Quib. non est permiss. fac. testam.* (II. 12.) *L.* 6. *D. h. t. L.* 25. §. 1. *D. de mortis caus. donat.* (XXXIX. 6.) *L.* 11. *C. Qui testam. fac. poss.*

31) Gajus *Comm. II.* §. 113. nam masculus minor annorum XIV. testamentum facere non potest, etiamsi *tutore auctore* testamentum facere velit.

32) *L.* 4. *D. h. t.* Gajus *Instit. Comm. II.* §. 114.

wenn die Frage von der Gültigkeit eines Testaments entsteht, immer zunächst darauf sehen, an is, qui fecit testamentum, *habuerit testamenti factionem*. Die Rechtsgelehrten nennen diese Testamentsfähigkeit, testamentifactio activa; allein die Gesetze brauchen hier die Ausdrücke *habere testamentifactionem* [33]), *testamenti faciendi facultatem* [34]) oder *ius testamenti faciendi habere* [35]).

2) Die testamenti factio ist ferner iuris publici in Rücksicht des Rechts aus einem Testamente etwas zu erwerben. Justinian [36]) sagt ausdrücklich: In extraneis heredibus illud observatur, *ut sit cum eius testamenti factio*, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. *Testamenti* autem *factionem* non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam *qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum*. Et ideo furiosus et mutus, et postumus et infans, et filiusfamilias, et servus alienus *testamenti factionem habere* dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt. Der juristische Sprachgebrauch nennt diese Erbfähigkeit *testamenti factio passiva*. Die Gesetze aber sagen von dem, welcher

33) §. 4. *J. de hered. qualit. et differ.* (II. 19.) *L.* 16. *D. h. t.* *L.* 18. *D. eodem.*

34) *L.* 19. *in fin. D. h. t.*

35) *L.* 1. §. 8. *D. de bonor. possess. sec. tabb.* (XXXVII. 11.)

36) §. 4. *J. de hered. qualit. et differ.* Vergleiche auch *L.* 16. *D. h. t.* und Schweppe röm. Privatrecht. §. 786.

diese Erbfähigkeit hat, *cum eo testamenti factio est* [37]), *testamenti factionem cum testatore habet* [38]). Eine solche Testamentifaction erfordern auch die Gesetze, um zum testamentarischen Tutor ernannt zu werden [39]), so wie in der so genannten activen Testamentifaction auch das Recht liegt, einen Tutor zu ernennen [40]). Und so wird denn ebenfalls von den Testamentszeugen erfordert, ut cum iis testamenti factio sit [41]). Von allen diesen gesetzlichen Bestimmungen vermag die Willkühr des Testirers keine Aenderung zu machen, denn sie sind iuris publici.

3) Die Testamentifactio ist endlich auch iuris publici in Rücksicht der vorgeschriebenen Form der Testamente. Denn Gajus [42]) sagt ausdrücklich, zur Gültigkeit eines Testaments werden erfordert, ut is, qui fecit testamentum, non solum habuerit, *testamentifactionem*, sed etiam *secundum regulas iuris civilis* testatus sit. Das Testament des Lucius Titius, welches Scävola *libro III. Responsorum* [43])

37) *L.* 49. §. 1. *D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.) §. 7. *J. de legat.* II. 20. *L.* 7. *D. pro legato.* (XLI. 8.)

38) Ulpianus *Fragm. Tit. XXII.* §. 1.

39) *L.* 21. *D. de testam. tut.*

40) *L.* 1. *pr. D. de testam. tut.* Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 14. *Uti legassit super pecunia* TUTELAVE *suae rei, ita ius esto. L.* 53. *pr. L.* 120. *D. de Verb. Signif.* S. Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Kap. XI. Tab. V. Fr. 3. S. 329. ff.

41) §. 6. *J. de testam. ordin.*

42) *L.* 4. *D. h. t.* S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. not. o. pag. 172. und von Savigny Geschichte des röm Rechts im Mittelalter. 1. Bd. S. 130.

43) *L.* 88. §. 17. *D. de legat. II.* (XXXI.)

mit den Worten anführt: *L. T. hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas;* deinde heredes instituit, konnte daher, wegen der beygefügten Codicillar-Clausel, nur als ein Intestat-Codicill den eingesetzten Erben zu Statten kommen[44]).

§. 1404.

Active Testamentifaction. Wer kann testiren?

In der Lehre von Testamenten kommen nun vorzüglich drey Hauptgegenstände in Betrachtung, 1) die Fähigkeit zum Testiren. 2) Die äußere Form der Testamente, und 3) der Inhalt, welchen man die innere Form der Testamente nennt. So viel nun

I. die Fähigkeit ein Testament zu errichten betrifft; so ist es, wie Justinian in seinen Institutionen[45]) sagt, nicht Jedem erlaubt, ein Testament zu machen, sondern wer gültig testiren will, muß diejenigen Eigenschaften im Augenblick des Testirens besitzen, welche die Gesetze zur Testamentsfähigkeit erfordern[46]).

44) S. *Scip.* Gentilis Origin. ad Pand. lib. sing. voc. *Testamentum* (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1389.) *Jo. Henr.* Berger Resolution. Legg. obstant. Lib. XXVIII. Tit. 3. et 4. Quaest. I. pag. 602. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXXI. P. I. Nr. XXXI. pag. 275.

45) *Pr. J. Quib. non est permiss. facere testam.* (II. 12.)

46) Andere geben die Regel: Ein Jeder kann ein Testament machen, dem es die Gesetze nicht verbieten. S. *Franc*

Er muß also 1) die natürliche Fähigkeit haben, welche erfordert wird, um seinen Willen vernünftig, deutlich und bestimmt erklären zu können. Dazu gehört a) Gebrauch der Vernunft. b) Nöthige Einsicht und Beurtheilung. c) Willensfreyheit, und d) Vorhandenseyn der zur verständlichen Erklärung des Willens erforderlichen Organe. Er muß 2) den zur Errichtung eines Testaments gesetzlich bestimmten bürgerlichen Zustand besitzen, ja denselben nicht nur wirklich haben, sondern er muß auch 3) wissen, daß er ihn besitzt. **Nam qui incertus de statu suo est,** sagt Paulus *libro II. Regularum* [47]), **certam legem testamento dicere non potest;** und Ulpian *lib. XII. ad Edictum* [48]) bestärkt dieses noch durch ein Rescript des Kaisers Pius, wenn er sagt: **De statu suo dubitantes, vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit.** Nur bey Soldaten wird es so streng nicht genommen. **Si miles incertus,** sagt Ulpian *libro XLV. ad Edictum* [49]), **an sui iuris sit, testamentum fecerit, in ea conditione est testamentum eius, ut**

Duarenus in hunc Tit. *Opp.* pag. 314. Donellus Comment. de iure civ. Lib. VI. Cap. 5. §. 1. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 464. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 12. Sie handeln daher blos von denen, welche nicht testiren können. Man sehe dagegen Konopak Institutionen des röm. Privatrechts. §. 340. (der 2. Ausg. Jena 1824.)

47) *L.* 14. *D. h. t.* Ulpian. *Fragm. Tit.* XX. §. 11.

48) *L.* 15. *D. eod.*

49) *L.* 11. §. 1. *D. de testam. militis.* (XXIX. 1.) *L.* 9. *D. de iure codicill.* (XXIX. 7.)

valeat: nam et si incertus, an pater eius vivat, testamentum fecerit, testamentum eius valebit. Der Testator muß aber auch 4) diesen Zustand noch zur Zeit seines Todes besitzen, wenn das Testament nach seinem Tode gelten soll. Andere nachher eingetretene, besonders physische Hindernisse ein Testament zu machen, schaden nichts. So ist zu erklären, wenn die Gesetze sagen, es komme bey Beurtheilung der Testamentsfähigkeit sowohl auf die Zeit des Testirens, als auf die des Todes des Testirers an, und daß dennoch der Verlust derselben das Testament nicht immer ungültig mache. Ulpian *libro XXXIX. ad Edictum* [50]) hat sich darüber am vollständigsten geäußert, wenn er sagt:

Exigit Praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, *utroque tempore* ius testamenti faciendi habuerit, et *cum facit testamentum*, et *cum moritur*. Proinde si impubes, vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamentifactionem decesserit: peti bonorum possessio non poterit. Sed et si filiusfamilias, putans se patremfamilias, testamentum fecerit, deinde mortis tempore paterfamilias inveniatur: non potest bonorum possessio secundum tabulas peti. — Sed si quis utroque tempore testamenti factionem habuerit, medio tempore non habuerit: bonorum possessio secundum tabulas peti poterit. §. 9. Si quis autem testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem, vel furore, vel quod ei bonis interdictum est:

50) *L.* 1. §. 8. *D. de bonor. possession. secundum tabulas.* (XXXVII. 11.)

potest eius peti bonorum possessio, quia iure testamentum eius valet: et hoc generaliter de omnibus huiusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem: sed ante factum eorum testamentum valet.

Nur die durch **capitis deminutio** nachher verlorne **testamenti factio** macht das **testamentum irritum**[51]).

Wer gültig testiren will, muß auch endlich 5) nicht durch die Gesetze für **intestabilis** erklärt seyn, d. h. er muß sich des Rechts zu testiren, nicht etwa durch ein begangenes Verbrechen, welches diesen Verlust nach sich zieht, unwürdig gemacht haben. **Si quis ob carmen famosum damnetur**, sagt zum Beyspiel Ulpian *libro I. ad Sabinum*[52]), **Senatusconsulto expressum est,** *ut intestabilis sit;* **ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.** Ulpian lehrt uns hier zugleich, daß ein **intestabilis** auch nicht Zeuge bey einem Testamente seyn könne, und nur in dieser Beziehung gedenken die Institutionen[53]) der **intestabiles**, wenn sie sagen: **neque ii,** *quos leges iubent improbos intestabilesque esse*, **possunt in numero testium adhiberi.** Die Worte *improbus intestabilisque* kamen auch in dem schon oben (S. **318.**) angeführten Gesetz der XII Tafeln: *Qui se sierit testarier* etc. vor, wo das Wort *intestabilis* in seiner ursprünglichen Bedeutung genommen

51) §. 4. *J. Quib. mod. testam. infirm.* (II. 17.) *L.* 8. §. 1—4. *D. h. t. L.* 6. §. 5. 6. *et* 7. *D. de iniusto, rupto, irrito testam.* (XXVIII. 3.) S. Konopak Institutionen. §. 341.

52) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

53) §. 6. *J. de testam. ordin.*

wird, und einen solchen bezeichnen soll, welcher zur Strafe unfähig ist, als Solennitätszeuge zu einem Rechtsgeschäft zugezogen zu werden [54]). Denn mit dieser sehr natürlichen Strafe belegten die XII Tafeln denjenigen, welcher zum Act einer Mancipation, als testis oder libripens, zugezogen worden, und nachher Zeugniß versagt, dieser sollte also unfähig seyn, bey solennen Handlungen aufs neue als Zeuge gebraucht zu werden. Im Gegensatz braucht denn Gellius [55]) den Ausdruck *testabilis* von dem, welchem ein solches ius testimonii dicendi zusteht. Noch Gajus [56]) setzt daher das Wesen des intestabilis darin, daß derselbe, und zwar vorzüglich hier, wo von Testamenten die Rede ist, nicht zum Zeugen gebraucht werden könne. Er sagt nämlich *libro XXII. ad Edictum provinciale:*

Cum lege quis *intestabilis* iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur.

Da Gajus *Lib. XXII. ad Edictum provinciale* von Injurien handelte, wie aus der Vergleichung mit *L.* 12. und *L.* 19. *D. de iniur.* (XLVII. 10.) erhellet, die aus demselben Buche des Gajus genommen sind; so bezieht sich diese Stelle des Gajus aller Wahr-

54) S. *Bernh. Henr.* Reinoldus Varior. Cap. VI. (in *Opuscul. a* Juglero *editt.* pag. 75. sqq.) und Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts. 1. B. §. 128.

55) *Noct. Attic.* Lib. VI. Cap. 7.

56) *L.* 26. *D. h. t.* In dieser Bedeutung sagt auch Arcadius Charisius *L.* 21. *pr. D. de testib.* Ob carmen famosum damnatus *intestabilis* fit. Man verbinde damit die *L.* 5. §. 9. *D. de iniur.* und vergl. *Christ.* Rau Diss. de *Aurelio Arcadio Charisio* vetere ICto. *Lipsiae* 1773. Cap. IV. pag. 25.

scheinlichkeit auch auf einen solchen **intestabilis, qui ob carmen famosum damnatus est**[57]). In der Folge erhielt aber das Wort **intestabilis** durch Interpretation eine ausgedehntere Bedeutung. Man knüpfte nämlich an die passive Unfähigkeit, zum Zeugniß zugezogen zu werden, selbst die active Unfähigkeit, nämlich Andere für sich als Zeugen zuzuziehen. Gajus hat dieses in der angeführten Stelle selbst bemerkt, wenn er gleich unmittelbar nachher sagt:

et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium.

Es kann dabey auch wohl nur, so wie bey der Unfähigkeit Zeuge zu seyn, an ein solennes Zeugniß gedacht werden[58]).

Und so war denn der Schluß sehr natürlich, daß Jemand, der zur Strafe weder selbst Zeuge bey einem Testament seyn, noch Andere mit rechtlicher Wirkung zu einem Zeugniß auffordern kann, auch selbst kein Testament errichten dürfe[59]). Indem daher Ulpian in der oben aus dessen *libro I. ad Sabinum*[60]) entlehnten Stelle von dem, **cui lege bonis interdictum est**, sagt, er könne nicht testiren, fügt er unmittelbar hinzu:

merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, quum neque testamenti factionem habeat.

Nach der griechischen Paraphrase des Theophi-

57) S. Reinold. Varior. Cap. 6. (in *Opusc.* pag. 81.)

58) S. Zimmern a. a. O. §. 128. S. 460. Not. 8 und 9.

59) Man vergleiche hier vorzüglich Marezoll über die bürgerliche Ehre. 3. Abschn. §. 2. S. 85. ff.

60) *L.* 18. *pr. D. h. t.*

lus [61]) scheint man aber zuletzt noch weiter gegangen zu seyn, indem man den **intestabilis** auch noch die Fähigkeit, aus einem Testament Etwas zu erwerben, absprach. Theophilus, sich ganz im Geist des oben gedachten Gesetzes der XII Tafeln: *Qui se sierit testari*, den Fall denkend, daß ein Zeuge, der bey einem Testament war hinzugezogen worden, auch das Testament unterschrieben und besiegelt hat, sich aber nach des Testirers Tode weigert zu bezeugen, daß Unterschrift und Siegel von ihm wären, und nun die Sanction des Gesetzes: *improbus intestabilisque esto*, erklären will, sagt nämlich:

μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμαι, καὶ οὐκ ἐῶσιν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης· οὐδὲ διδόασιν αὐτῷ τοῦ διατίθεσθαι παῤῥησίαν, οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ μαρτυρεῖν ἑτέρου διατιθεμένου. i. e. *Oderunt hunc leges, neque permittunt eum quid capere ex alieno testamento: neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse, alio testamentum condente.*

In den Gesetzen unsers Justinianeischen Rechts findet sich jedoch von der hier erwähnten Wirkung der Erbunfähigkeit des **intestabilis** nichts, vermuthlich beruht sie auf dem Schlusse, daß wer zur Strafe selbst weder bey Testamenten Zeuge seyn, noch selbst ein Testament machen kann, auch unfähig sey, aus Testamenten Anderer etwas zu erwerben. Es ist überhaupt noch die Frage, ob in dem Falle, den Theophilus aus den XII Tafeln anführt, die angegebenen Strafen der Intestabilität

61) Lib. II. Tit. 10. §. 6. (Tom. I. pag. 338. edit. *Reitz.*).

auch nach dem Justin. Recht noch Statt finden können. Denn sie beruhen blos auf dem Zeugniß des Theophilus, welches Hugo Donellus[62]) nicht ohne Grund verwirft. Soviel ist gewiß, die von den XII Tafeln in dem bemerkten Falle gedrohete Strafe der Intestabilität kommt in dem ganzen Justin. Gesetzbuche nirgends mehr vor, sie ist also ohne Zweifel außer Gebrauch gekommen. Es erhellet dieses besonders daraus nicht undeutlich, daß Ulpian *libro LXVIII. ad Edictum*[63]) von solchen Testamentszeugen, welche sich weigern, ihre Siegel zu recognosciren, sagt, sie seyen vom Prätor, vermuthlich durch die gewöhnlichen Zwangsmittel der Auspfändung oder Geldstrafe, zu nöthigen. Davon jedoch zu seiner Zeit ein Mehreres.

§. 1404. a.

Wer kann nicht testiren?

Nach diesen Prämissen sind nun also zum Testiren unfähig,

I) diejenigen, denen es zur Zeit des Testirens an freyem Selbstbewußtseyn, und Gebrauche der Vernunft fehlt. Dahin gehören

1) Wahnsinnige, furiosi. Sie haben zwar, wie Marcellus zum Pomponius[64]) bemerkt, eine Testamentifaction, aber nur eine passive, sie selbst kön-

62) Comment. iur. civ. Lib. VI. cap. 5. §. 12. in fin. (Vol. III. pag. 307. edit. noviss. *Norimberg*. 1807. 8.)

63) *L.* 3. §. 9. *D. de tabb. exhib.* (XLIII. 5.) S. Reinold c. l. pag. 80. sq.

64) *L.* 16. §. 1. *D. h. t.*

nen nicht testiren, *quia mente carent*, wie Justinian in seinen Institutionen[65]) sagt. Dieser Grund scheint jedoch nicht richtig ausgedrückt zu seyn, es hätte heißen sollen, weil sie nicht *sanae* mentis sind, sie haben den Gebrauch ihres Verstandes nicht. Darum haben sie durchaus keine rechtliche Handlungsfähigkeit. Julian sagt *libro XXXVII. Digestorum*[66]):

Furiosus non intelligitur codicillos facere, *quia nec aliud quicquam agere intelligitur*, cum per omnia, et in omnibus, absentis vel quiescentis loco habeatur.

Da der Wille immer Freyheit des Geistes und also den Gebrauch des Verstandes voraussetzt; so ist gewiß der Grund, den Pomponius *libro XXXIV. ad Sabinum*[67]) anführt, nämlich **furiosi nulla voluntas est**, der treffendste. Es kommt übrigens in ärztlich-psychologischer Hinsicht sehr viel auf die Art des Wahnsinns an, ob er blos partiell ist, und sich auf eine fixe Idee, auf einen fixen Wahn beschränkt, dieser kann mit übrigens ungestörter Verstandeskraft, und selbst mit Schärfe des Urtheils verbunden seyn, denn er hat meistens nur seinen Grund in einer Ueberspannung der Einbildungskraft; oder ob die Verstandesverwirrung allgemein und herumirrend ist; ferner ob der Wahnsinn anhaltend, oder aussetzend ist. Denn beim letztern treten freye oder helle Zwischenzeiten (**dilucida intervalla**) ein, wo der Wahnsinnige wieder bey vollkommenem Verstande ist[68]). So wie nun Handlungen, welche

65) §. 1. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.*
66) *L.* 2. §. 3. *D. de iure codicill.* (XXIX. 7.)
67) *L.* 40. *D. de Regg. iuris.*
68) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 253 — 262.

in solchen Zwischenzeiten vorgenommen sind, rechtliche Wirkungen haben[69]), so gilt auch unstreitig das Testament, welches von einem Wahnsinnigen während eines lichten Zeitraums errichtet worden ist, wenn nämlich derselbe so lange gedauert hat, bis die Testamentshandlung vollendet war. Hierher gehört die Entscheidung des Kaisers Justinian in der *L. 9. Cod. qui testam. facere poss.* (VI. 22.) vom J. 530, welche an den P. P. Julianus gerichtet, folgenden Inhalts ist[70]):

Furiosum *in suis induciis* ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit. Sancimus itaque, tale testamentum hominis, qui in ipso actu testamenti adversa valetudine tentus est, pro nihilo esse. Si vero voluerit *in dilucidis intervallis* aliquod condere testamentum, vel ultimam voluntatem, et hoc sana mente incoeperit facere, et consummaverit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum sive quamcunque ultimam voluntatem censemus: si et alia omnia accesserint, quae in huiusmodi actionibus legitima observatio requirit.

69) S. von Berg von lichten Augenblicken bey Geisteskranken; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. Nr. XXII. S. 243. ff. Henke angef. Lehrbuch. §. 265. und Masius System der gerichtl. Arzneykunde. §. 307.

70) Man vergleiche über diese Decision *Em.* Merillii Exposition. in L. Decision. Justin. Nr. XII. (*Oper.* P. II. pag. 29. sq.) und Westphals Theorie des R. R. von Testamenten. §. 35.

Das von dem furiosus in der Zeit seines freyen und vollkommenen Bewußtseyns errichtete Testament bleibt auch gültig, wenn gleich die bis dahin ausgesetzte Raserey nachher wieder eintritt, so wie das vor der Raserey gemachte Testament, wie Justinian in seinen Institutionen [71]) sagt:

Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur, certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

Es wird also bey der Beurtheilung der Gültigkeit des Testaments eines Rasenden oder Wahnsinnigen blos auf die Zeit der Errichtung gesehen, wie Labeo *libro I. Posteriorum a Javoleno epitomatorum* [72]) ausdrücklich sagt:

In eo, qui testatur, *eius temporis, quo testamentum facit*, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.

Uebrigens versteht sich's, daß bey einem Wahnsinnigen der Beweis, daß er während eines lichten Zwischenraums testirt habe, im Zweifel immer demjenigen obliege, der dieses behauptet [73]).

Stumpfsinn (mentis imbecillitas) und Blöd-

71) §. 1. *in fin. J. Quib. non est perm. facere testam.* Vergl. auch *L.* 20. §. 4. *D. h. t.*

72) *L.* 2. *D. h. t.*

73) S. Staudner Diss. iuris Germ. de testamentis dementium infirmis. §. 14 — §. 17. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLVII. medit. 3. 4. et 5. und von Berg a. a. O. §. 12. S. 256.

sinn (amentia, fatuitas) werden hier dem Wahnsinn gleichgeachtet, weil sie das Selbstbewußtseyn, folglich Vernunft und Freyheit stören oder vernichten [74]). Da es jedoch hier blos auf Thatsachen ankommt, so ist freylich das Meiste der ärztlichen und richterlichen Beurtheilung zu überlassen [75]). Dasselbe gilt auch von der Melancholie, die zwar öfters in einen Wahnsinn übergeht, doch ehe sie diesen Grad erreicht, an sich das Selbstbewußtseyn und die Beurtheilungskraft nicht aufhebt [76]). Einfalt und Dummheit (Stupiditas, simplicitas) gehört aber nicht hierher, denn diese kann auf keine Weise als wahre Geisteszerrüttung gelten, weil sie die Freyheit der Selbstbestimmung nicht aufhebt [77]). Sie hindert also auch die Testamentsfähigkeit nicht [78]). Den Wahnsinnigen werden gleichgeachtet

2) körperlich Kranke, nämlich wenn die Krankheit des Körpers von der Art ist, daß sie auch die Frey-

74) *L.* 2. *D. de postulando*. *L.* 19. *in fin.* *L.* 21. *D. de reb. auct. iud. possid.* (XLII. 5.) S. Henke im angef. Lehrb. §. 247.

75) S. *Christoph. Guil.* Staudner Diss. de testamentis dementium infirmis. (*Altdorf.* 1758.) §. IV—VI.

76) S. *Mich.* Alberti D. de melancholia. *Hallae* 1743. *Sam.* Stryck Diss. de dementia et melancholia. *Frfti ad Viad.* 1672. Staudner Diss. cit. §. V. und Jo. Dan. Metzger's gerichtl. Arzneiwissenschaft. §. 411. (der 3ten Ausgabe. Königsberg und Leipzig 1805.)

77) S. Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin §. 247. und §. 248. (der 2. Ausgabe. Berlin 1819.)

78) *Sam.* Stryck Tr. de cautel. testamentor. Cap. III. §. 25. *de* Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Observ. 174. Hofacker Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1252. not. b. und v. Hartitzsch Erbrecht. §. 14. a. E.

heit des Geistes und das Selbstbewußtseyn stört. Die Aerzte nennen diesen Krankheitszustand den febrilischen Wahnsinn, welcher eben dieselben rechtlichen Folgen hat, wie der chronische, oder der lang anhaltende [79]). Dieß bestätigt auch der Ausspruch des Paulus *libro III. Sententiarum* [80]).

In adversa corporis valetudine *mente captus*, eo tempore testamentum facere non potest.

Eine Krankheit also, die auf den Willen von keinem Einfluß ist, kann auch Testamentsfähigkeit nicht hindern [81]). Daß eine solche Krankheit kein Testamentshinderniß sey, sagt nicht nur Paulus in der bereits angeführten Stelle [82]) ausdrücklich, sondern eben so haben auch die Kaiser Diocletian und Maximian rescribirt. *L. 3. C. Qui testam. facere poss.* **Senium quidem aetatis, vel aegritudinem corporis, sinceri-**

79) S. Metzger's System der gerichtl. Arzneywissenschaft. §. 410. und Henke Lehrb. der gerichtl. Medizin. §. 255.

80) *L. 17. D. h. t.*

81) Nach dem ältern deutschen Rechte galten zwar keine Testamente, die auf dem Siechbette waren gemacht worden; der Testator mußte vielmehr Proben physischer und geistiger Kraft ablegen, ehe er testiren konnte. Die Testamente mußten entweder ungehabt und ungestabt unterm freyen Himmel oder vor Gericht errichtet werden. Allein durch Einführung des röm. Rechts ward dieses alte deutsche Recht verdrängt. S. *Jo. Ad.* Kopp Specim. iuris Germ. privati de testamentis Germanorum iudicialibus et sub dio conditis, vulgo ungehabt und ungestabt. *Francof. ad Moen.* 1736. 4. §. 10 et 11. und Mittermaier's Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 407.

82) *L. 17. D. h. t.* verb. mit *L. 2. eod.*

tatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre.

Daher kann nach gemeinen Rechten auch ein Sterbender noch mit stammelnder Stimme seinen letzten Willen erklären, wenn er nur noch bey Verstande und Bewußtseyn ist, und seinen Willen auf eine verständliche Art aussprechen kann [83]). Man vermuthet sogar aus besonderer Begünstigung der Testamente im zweifelhaften Falle, daß ein Sterbender noch bey vollem Verstande sey, so lange nicht das Gegentheil erwiesen ist, wie Hellfeld a. E. des §. 1404. selbst bemerkt hat [84]).

3) Höchst Betrunkene [85]). Diese werden in den Gesetzen den Verstandlosen gleichgeachtet [86]). Ob

83) *L.* 15. *C. de testam.* (VI. 23.) S. *Sam.* Stryck (oder *Christ.* Wildvogel) Diss. de effatis agonizantium. (*Francof. ad Viadr.* 1666.) Cap. I. §. 9. *Sam.* Stryck Diss. de testamentis corpore vitiatorum. (*Hallae* 1702.) §. 36. Staudner Diss. cit. de testament. dementium infirmis. §. 10. Geigers und Glücks Rechtsfälle. 3. Band. Nr. XLII. §. 6. S. 182. f.

84) Arg. *L.* 39. §. 1. *D. de legat. III.* Stryck Diss. cit. de effat. agonizantium. Cap. I. §. 8. *Christ. Lud.* Crell Observationes de probatione sanae mentis. (*Vitemb.* 1737.) Obs. V. *de* Reiche Commentat. ad h. Tit. Pand. §. 5. Man vergl. noch besonders Henke's Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 256. Not. **) und Masius Syst. der gerichtl. Arzneykunde. §. 298. Not. b.

85) Staudner Diss. cit. §. VII. von Hartitzsch Erbrecht. §. 15.

86) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 288. S. 56. Man vergleiche auch Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 282. und Ge. Heinr. Masius System der gerichtl. Arzneykunde. §. 304.

auch die im höchsten Grade Zornigen hierher zu rechnen sind, ist streitig. Einige [87]) meinen, es sey ihnen die Fähigkeit zum Testiren nicht abzusprechen. Andere [88]) hingegen halten das im Zorn errichtete Testament für ungültig, wenn dargethan werden kann, daß der Testirer zur Zeit der Errichtung des Testaments in einer solchen Gemüthsbewegung sich befunden habe, daß er einen freyen und überlegten Entschluß zu fassen nicht fähig gewesen sey, es werde jedoch, eben so wie das im Zustande der höchsten Trunkenheit gemachte Testament, durch eine später hinzukommende, im freyen Zustande geschehene Genehmigung, gültig. Nach einer dritten Meinung [89]) aber soll die nachfolgende Geneh=

87) *Frid. Wilh.* Dannreuther Diss. de testamento irati valido, praes. *Ge. Frid.* Deinlino def. *Altdorffi* 1747. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. I. §. 4. Ernst Christ. Westphal's Grundsꝛ von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen. (Halle 1784.) Kap. I. §. 6. ff. besonders §. 43. *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. de Succesionib. §. 99. in fin. und von Wening=Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch. §. 442.

88) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCLII. medit. 3. et 4. Günth. Heinr. von Berg über ein im Zorn errichtetes Testament, in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. IX. S. 187—202. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 797. Hufeland Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. Band. §. 1084. not. d. Zimmern Grundriß des Erbrechts. Anh. I. S. 54. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 15. S. 16.

89) S. *Sam.* Stryck Tr. de cautel. testamentor. Cap. III. §. 32. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in

migung den Mangel der Gültigkeit zu ergänzen, nicht vermögen. Es kommt, wie mich dünkt, hier auf zwey Fragen an; 1) ist ein in der Hitze des Zorns errichtetes Testament an sich ungültig? und 2) erhält solches durch die nachher bey beruhigtem Gemüthe erfolgte Genehmigung allein seine Gültigkeit? Soviel die erste Frage anlangt, so sind freylich die meisten Rechtsgelehrten[90]) der Meinung, daß ein solches Testament ungültig sey, und diese Meinung scheint auch die allgemeine Regel zu begünstigen, welche Paulus *libro XXXV. ad Edictum*[91]) giebt: Quicquid *in calore iracundiae* vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Nun kann die Leidenschaft allerdings einen solchen Grad erreichen, daß Bewußtseyn und Freyheit zu handeln aufhört[92]). Ob aber ein solcher Grad in dem Falle anzunehmen sey, da ein Testament im Zorne gemacht worden ist, läßt sich nicht ohne Grund bezweifeln. Denn die Errichtung eines Testaments setzt ja Entschluß

Pand. P. II. h. t. §. 4. pag. 538. sq. STAUDNER Diss. cit. §. VIII. *Jo. Ern. Just.* MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 620. *Car. Jul. Meno* VALETT Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 959.

90) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. XVII. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1252. in fin. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. III. §. 688. pag. 826.

91) *L.* 48. *D. de div. Regg. iuris.*

92) S. Henke angef. Lehrbuch §. 283. und 284. und Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrh. des peinl. Rechts. 1. Th. §. 120. und 127.

und Ausführung voraus, und diese läßt sich ohne Vorbereitung dessen, was zur Beobachtung der gesetzlichen Form gehört, nicht denken, das Testament mag nun gerichtlich oder außergerichtlich gemacht werden, denn ohne diese Form würde ja das Testament ohnehin nicht gelten. Alle diese Umstände zeugen aber unwidersprechlich von Bewußtseyn, Willkühr und Selbstthätigkeit. Erwägt man nun, daß der Zorn ein vorübergehender Zustand ist, der auch bey dem heftigsten Anfall doch gewöhnlich nur von kurzer Dauer ist, wie das bekannte Sprüchwort zu erkennen giebt: **Ira furor brevis est**; so wäre es doch wirklich seltsam, wenn sich über die zur Realisirung der Handlung nöthige Vorbereitung nicht der Zorn unterdessen gelegt, und sich das Gemüth beruhigt haben sollte. Wird nun doch das Testament noch errichtet, so ist gerade diese Beharrlichkeit ein Beweis, **indicium animi fuisse**, wie Paulus sagt. Daß hier der Entschluß im Zorn gefaßt ward, schadet nichts, genug wenn die Ausführung geschahe, nachdem die Ruhe des Gemüths wieder eingetreten war. Denn die Gültigkeit des Testaments ist blos nach dem Zeitpunct zu beurtheilen, da die Handlung des Testirens vorgenommen wurde[93]). Gesetzt nun aber, es ließe sich der Fall wirklich gedenken, daß auch diese Handlung in einem solchen Grade des Zorns wäre realisirt worden, welcher keine Freyheit und Gewißheit des Willens, die doch das erste und wesentlichste Erforderniß eines jeden Testaments ist, anzunehmen erlaubt; so wäre denn eine wirkliche Geistesverwirrung vorhanden, und ein solcher Zorniger eben so, wie ein höchst Betrunkener, einem Rasenden gleich zu achten. Hier nur könnte dann die oben auf-

93) *L. 2. D. h. t.*

geworfene andere Frage entstehen, nämlich ob ein in solchem Zorne errichtetes Testament durch nachher erfolgte Genehmigung Gültigkeit erhalte? Dieß behaupten nun freylich viele Rechtsgelehrten wegen der oben angeführten *L. 48. D. de Regg. iuris.* Sie meinen, dieses Gesetz enthalte eine allgemeine Rechtsregel, und müsse ganz vorzüglich bey Testamenten gelten, wo der Verstorbene über die Gewißheit seines Willens nicht mehr befragt werden könne. Es müsse aber freylich, wenn das im Zorn errichtete Testament rechtliche Gültigkeit erhalten soll, eine wahre, unzweydeutige Beharrlichkeit dargethan werden können, und diese setze Zweyerley voraus, 1) daß der Testirer bey völlig beruhigtem Gemüthe von dem, was er in der Hitze des Zorns gethan, genaue Kenntniß gehabt habe, 2) daß der Testirer bey kaltem Blute durch Worte oder passende Handlungen zu erkennen gebe, er wolle es bey seiner in der Hitze des Zorns gethanen Willenserklärung bewenden lassen. Nun erst könne man sagen: **ratum esse testamentum, quia perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse**[94]). Allein ich glaube, daß hier jene Rechtsregel, welche, wie das angeführte Beyspiel, *ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur*, und die *L. 3. D. de divortiis* beweist, nur auf Handlungen unter den Lebenden geht, durchaus nicht anwendbar sey, weil bey den Testamenten eine ganz andere Regel eintritt, welche wir durch Javolenus *libro X. Epistolarum*[95]) auf folgende Art ausgesprochen finden:

94) S. von Berg angef. Abhandl. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. IX. §. 14. S. 200. ff.

95) *L. 201. D. de Regg. iuris.*

Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt; *si initium quoque sine vitio ceperint.*

Es liegt in der That schon in der Natur der Sache, daß wenn ein Testament gleich Anfangs ungültig errichtet worden, weil der Testirer zur Zeit der Testamentserrichtung dazu unfähig war, in rechtlicher Hinsicht gar kein Testament existire, ja niemals ein Testament da gewesen sey. Existirte nun aber, wegen dieser Unfähigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung, gar kein Testament, so kann ja auch ein späteres Fähigwerden desselben diesem Mangel nicht weiter abhelfen, da er die Existenz des Rechtsgeschäfts vorher durchaus verhindert hatte. Was kann also hier Beharrlichkeit des Willens, was kann nachher die im freyen Gemüthszustande erfolgte Genehmigung bey einer Handlung wirken, die rechtlich gar nicht existirt? Schon hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit der Catonianischen Regel (**XXXIV. 7.**) bey Testamenten, da sie aus der Natur der Sache selbst hervorgeht [96]). Es muß also, derselben gemäß, das ganze Rechtsgeschäft noch einmal vorgenommen werden, weil es, wegen des Mangels in der Person des Testirers, bisher auch, seinem Wesen nach, nicht als existent betrachtet werden konnte. Aus diesem Grunde wird auch das Testament eines **furiosi** dadurch nicht gültig, daß er nachher den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat [97]). Nun werden ja aber die im höchsten Grade

96) Man vergl. vorzüglich Carl Jul. Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. (Heidelberg 1829. 8.) 5te Abhandl. S. 108—112.

97) §. 1. *J. Quib. non est permiss. facere testam.* (II. 12.)

Zornigen, so wie die höchst Betrunkenen, in diesem Zustande den furiosis gleichgestellt. Und bey diesen sollte also der Ausspruch des Labeo [98]): **In eo, qui testatur,** ***eius temporis, quo testamentum facit*, integritas mentis exigenda est,** eine Ausnahme leiden?

§. 1404. b.

Fortsetzung von Testamentsunfähigen. Taube und Stumme.

Unfähig zum Testiren sind ferner

4) taubstumm Geborne [99]). Es gehört hierher die merkwürdige Constitution des Kaisers Justinian an den **Praef. Praetor.** Johannes vom J. 531 **post Consulatum** ***Lampadii*** **et** ***Orestis.*** Sie lautet folgendermaßen:

Discretis [100]) **surdo et muto, quia non semper**

L. 1. §. 8. *D. de bonor. poss. secundum tabb.* (XXXVII. 11.)

98) *L.* 2. *D. h. t.*

99) Man vergl. *Jo. Flor.* Rivini Diss. de testamento surdi et muti natura talis valido. *Lipsiae* 1740. *Greg.* Majansii Disp. de surdorum et mutorum testamenti factione, in Ejus *Disputation. iuris* Tom. I. (*Lugd. Batavor.* 1752. 4.) Nr. XXX. pag. 448—460. Gensler das Testament einer taubgebornen und sprachlosen Person, im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer 3. Bd. XXII. S. 345—374. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Bd. Erört. IX. S. 137 — 146. und *Remb. Tob.* Guyot Diss. de iure surdomutorum. *Groeningae* 1824. Cap. II.

100) Statt discretis, ist vielleicht de discretis, wegen sancimus zu lesen.

huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laboret, id est, ut neque audire, neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat: neque testamentum facere, neque codicillos, neque fideicommissum relinquere, neque mortis causa donationem celebrare concedatur, nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas obedire imperantes. Ubi autem et huiusmodi vitii non naturalis sive masculo sive feminae accidit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit, et aures conclusit: si ponamus huiusmodi personam litteras scientem, omnia quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus. Sin autem infortunium discretum est, quod ita raro contingit: et surdis, licet naturaliter huiusmodi sensus variatus est, tamen omnia facere et in testamentis et in codicillis, et in mortis causa donationibus, et in libertatibus, et in omnibus aliis permittimus. Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia, quae voluerit facere: quia scimus quosdam iurisperitos et hoc subtilius cogitasse, et nullum esse exposuisse, qui penitus non exaudiat, si quis supra cerebrum illius loquatur, secundum quod JUBENTIO CELSO placuit. In eo autem, cui morbus postea superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere. Sin vero aures quidem apertae sint, et vocem recipientes, lingua autem eius penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est, attamen si hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet,

eum scribentem haec omnia facere, sive naturaliter, sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accesserit: nullo discrimine, neque in masculis, neque in feminis in omni ista constitutione servando.

Justinian hat durch diese Constitution das ältere Recht theils geändert theils erweitert. Nach dem ältern Rechte konnten Taube und Stumme gar nicht testiren, wenn sie auch nicht Beydes zugleich waren, sie mochten schreiben oder sprechen können, oder nicht. Das Testament solcher Personen galt weder nach dem Civilrecht, noch nach dem prätorischen Rechte. Es kam auch nichts darauf an, ob der Taube und Stumme so geboren, oder ob er es durch Krankheit oder Zufall geworden war. Er muste nur, wie in den Institutionen [1]) bemerkt wird, wirklich taub, d. h. gar nicht hören, und wirklich stumm seyn, d. h. gar nicht sprechen können. Denn wer nur schwer hört, oder nur schwer spricht, war nie unfähig zum Testiren. Auch ward ein Testament nicht ungültig, wenn ein solches Uebel den Testirer erst nach

1) §. 3. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* Utique autem de eo *surdo* loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam et *mutus* is intelligitur, qui loqui nihil potest, non qui tarte loquitur. Saepe enim etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Statt *variis casibus* lesen mehrere Ausgaben, z. B. die Cujazische und die Beckische variis *causis*. Diese Lesart haben auch Herm. Vultejus, Franz Bröus, Em. Merillius, und Ev. Otto in ihren Commentaren angenommen, sie stimmt auch mit der Paraphrase des Theophilus besser überein, wo es heißt: *πλεῖσται δὲ αἱ ταύτην ἐπάγουσαι αἰτίαι.*

Errichtung des Testaments befiel. So lehren die römischen Juristen noch in den Fragmenten der Pandecten.

L. 6. §. 1. *D. h. t.* GAJUS *libro XVII. ad Edictum provinciale.* Surdus et mutus testamentum facere non possunt: sed si quis post testamentum factum valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanet testamentum.

Eben so lehren Pomponius *libro singulari Regularum*[2]), Paulus *libro singulari de iure codicillorum*[3]), Papinian *libro VI. Responsorum*[4]) und, Ulpian[5]) setzt einen Hauptgrund in der Natur und Form des ältern testamenti per aes et libram, wenn er sagt:

Mutus, surdus — testamentum facere non possunt: *mutus*, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: *surtus*, quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest [6]).

Nur Soldaten machten eine Ausnahme[7]), weil sie an keine Testamentsform gebunden waren, sondern testiren konnten, wie sie wollten[8]). Ein paganus, wel-

2) *L.* 16. *pr. D. h. t.*

3) *L.* 8. §. 3. *D. de iure codicill.* (XXIX. 7.)

4) *L.* 9. §. 1. *D. Unde cognati.* (XXXVIII. 8.)

5) *Fragm. Tit. XX.* §. 13.

6) Vergl. damit §. 9. *Tit. XX.*

7) §. 2. *J. de militari testam.* (II. 11.) Quinimmo et mutus et surdus miles testamentum facere potest. Eben so ULPIAN. *L.* 4. *D. eod.* (XXIX. 1.)

8) GAJUS *Comm. II.* §. 114. *L.* 1. *pr. D. de testam. militis.* (XXIX. 1.)

cher taub oder stumm war, mußte die Erlaubniß zum Testiren beym Kaiser auswirken, wenn er seinen letzten Willen mündlich oder schriftlich zu erklären im Stande war. Diese wurde ihm auch gern ertheilt, um die vicesima hereditatum für das aerarium militare zu erhalten[9]). Daher sagt Aemilius Macer *libro I. ad Legem vicesimam hereditatum*[10]), woraus die *L. 7. D. h. t.* genommen ist:

Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere, a principe impetraverit, valet eius testamentum.

Justinian hat nun in der angeführten Constitution die Strenge des ältern Rechts gemildert, und den Tauben und Stummen in gewissen Fällen erlaubt, nach

9) S. *Jo.* Bertrandi Βιοὶ νομικῶν sive de Jurisperitis Lib. I. cap. 33. pag. 155. *Ev.* Otto Comm. ad §. 3. J. Quib. non est. perm. fac. testam. und Majansii Disp. cit. §. 9. Tom. I. pag. 453.

10) Diese Lex vicesima hereditatum, wie sie hier unrichtig genennt wird (S. Bach hist. Jurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. II. §. 5.) ist die lex Julia vicesimaria, welche auf den Vorschlag des Kaisers Augustus im J. der Erb. R. 759. gegeben worden ist, und von Testaments-Erbschaften und Vermächtnissen eine Abgabe zu 5. von Hundert verordnete. Caracalla vermehrte sie bis auf zehen Procent. Der Kr. Gratian soll diese Abgabe abgeschafft haben; allein man nimmt dieses gewöhnlich ohne Beweis an. Soviel ist gewiß, daß sie schon vor Justinian außer Gebrauch gekommen war. *L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani toll.* (VI. 33.) Man vergl. vorzüglich *Pet.* Burmanni Vectigalia Pop. Rom. (*Leydae* 1734. 4.) Cap. XI. pag. 160. sqq.

Vorschrift derselben zu testiren. Vermöge derselben sind nun folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Es ist Jemand taub und stumm **zugleich**. Dann ist er es entweder

1) **von Geburt**. Hier hat es **Justinian** bey der Regel des ältern Rechts gelassen. Ein solcher kann auch nach dieser neuern Verordnung weder ein Testament, noch Codicille machen, auch kein Fideicommiß hinterlassen, noch eine Schenkung von Todes wegen errichten. Es ist gleichviel, die taub- und stummgeborne Person sey eine Manns- oder Frauensperson. Der Grund dieser Verordnung beruht unstreitig darin, weil man taubstumm Geborne als solche betrachtete, die den Gebrauch ihres Verstandes nicht hätten, und es auch für unmöglich hielt, daß solche Personen ihren Willen auf eine deutliche Art erklären könnten[11]). Hiermit stimmen auch die Meinungen unserer heutigen Aerzte überein. Sie lehren, daß die Taubstummheit in Hinsicht der rechtlichen Folgen dieselbe Wirkung habe, wie Stumpfsinn und Blödsinn, wenn nicht die natürliche Schwäche und Unbehülflichkeit des Verstandes der Taubstummen, durch einen zweckmäßigen Unterricht in den Jugendjahren, mehr oder minder gehoben ist[12]). Die Kunst, Taubstumme zu unterrichten, kannte nun freylich das Justinianeische Zeitalter noch nicht. Daher konnte bey

11) *L.* 12. §. 2. *D. de iudic.* *L.* 65. §. 3. *in fin. Dig. ad SCtum Trebell.* (XXXVI. 1.) S. Rivinus Diss. cit. §. VII. Majansius Disp. cit. §. 14. und Walch ad *Joach.* Hoppii Commentat. ad Instit. Jus in §. 3. Tit. Quib. non est permiss. fac. test. not. a. pag. 415.

12) S. **Henke** Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 290. und **Masius** Syst. der gerichtl. Arzneykunde. §. 305.

Taubstumm-Gebornen von Auswirkung eines privilegii testamentifactionis, wie man es zu nennen pflegt, gar keine Frage seyn[13]). Da es aber in unseren Tagen an mehreren Orten eigene Erziehungsinstitute für Taubstumme giebt, und die Beyspiele gar nicht selten sind, daß Personen, die taubstumm geboren sind, durch Unterricht in der Schriftsprache so weit gebracht worden sind, daß sie sich eine ziemliche Fertigkeit im Lesen und Schreiben erworben haben, und in ihrer ganzen Lebens- und Handlungsweise einen gesunden Verstand und gute Bekanntschaft mit den Verhältnissen des gemeinen Lebens gezeigt[14]), oder daß solche Personen wenigstens gelernt haben, sich Andern durch äußere Zeichen so verständlich zu machen, daß sie besonders von denjenigen, die mit ihnen in einem vieljährigen Umgange gelebt haben, vollkommen richtig haben ausgelegt werden können[15]); in diesen Fällen aber der Grund der Justinianeischen Legislation wegfällt, so fragt sich's, ob solchen Taubstumm-Gebornen nicht h. z. T. die Fähigkeit zu gestatten sey, ein Testament zu machen? Unsere Rechtsgelehrten finden kein Bedenken, diese Frage

13) Es ist aber doch auch ein Nachsuchen des Taubstummen um die venia testandi, sofern das Testiren möglich zu machen wäre, durch das Gesetz nicht ausgeschlossen worden. S. Gensler's angeführten Aufsatz im Archiv für die civilist. Praxis 2. B. Nr. XXII. §. 3. S. 364.

14) Einen merkwürdigen Fall enthalten von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen. 2. B. Erört. IX.

15) Solche Beyspiele haben *Fr. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 178. Just. Claproth Abhandl. von Testamenten. §. 5. a. E. und S. 15. ff. und Gensler a. a. O. §. 2. S. 349—363.

zu bejahen, da aber doch nun einmal ein deutliches Gesetz entgegensteht, so erfordert man wenigstens eine auf geschehenes Ansuchen erwirkte Dispensation des Landesherrn, welche jedoch nur nach vorher angestellter Untersuchung, wobey diejenigen, welche die Zeichen der Taubstummen zu erklären vermögen, mittelst eidlicher Verpflichtung, zu vernehmen sind, ertheilt zu werden pflegt[16]). Einige[17]) gehen sogar so weit, daß sie in dem Falle, da der Taubstumm-Geborne durch Unterricht eine solche Fertigkeit im Lesen und Schreiben erlangt hat, daß er seinen letzten Willen schriftlich zu erklären im Stande ist, nicht einmal eine landesherrliche Dispensation für nöthig halten. Sie empfehlen aber doch zu mehrerer Sicherheit die Nachsuchung um eine landesherrliche Erlaubniß. Ich bin indessen überzeugt, daß wenn allenfalls die landesherrliche Genehmigung zu spät eintreffen sollte, auch davon abgesehen, daß Gnadenrescripte ohnehin schon gleich mit dem Tage ihrer Ausfertigung in Wirksamkeit treten, das Testament dennoch selbst nach den deutschen Reichsgesetzen für gültig erklärt werden müßte. Die Notariats-Ordnung Kaisers

16) Pufendorf c. l. Claproth a. a. O. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1253. not. d. Rivinus Diss. cit. §. XV—XXI. Malblank Princip. iuris Rom. P. ult. §. 688. not. z. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 797. Hufeland Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1084. not. 2. Gensler angef. Abh. S. 346. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 442. u. a.

17) *Sam.* Stryck de caut. testamentor. Cap. IV. §. 28. und von Bülow und Hagemann angeführte Erörterungen. 2. Bd. S. 144. f.

Maximilian I. vom J. 1512. Tit. von Testamenten §. 4. sagt:

„Item: Es gehört zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können: denn welcher deren Keins könnte, der wird darin einem Todten gleichgeacht, und mag kein Testament machen."

Sollte man hieraus nicht mit Grund die Schlußfolge ableiten können: Wer seinen letzten Willen verständlich niederzuschreiben vermag, sey er auch von Natur gehörlos, und auch zum Sprechen ganz unfähig, ist nach diesem Gesetz befugt, auch ohne vorgängige besondere Erlaubniß des Regenten, ein Testament zu machen?

2) Der Taubstumme ist nicht so geboren, sondern hat durch Krankheit oder Zufall das Gehör sammt der Sprache verloren. Hier kommt es darauf an, ob der Taubstumme schreibkundig, und daher fähig ist, seinen letzten Willen niederzuschreiben. Dann kann er gültig testiren, und zwar ohne vorher eine besondere Erlaubniß des Landesherrn einholen zu dürfen[18]). Denn das Gesetz gedenkt dieser Bedingung nicht. Merkwürdig sind die Worte:

Si ponamus huiusmodi personam *litteras scientem*, omnia, quae priori interdiximus, haec ei *sua manu scribenti* permittimus.

Wie wenn der Taubstumm-Gewordene zwar nicht selbst schreiben, aber das von Andern Niedergeschriebene lesen und verstehen könnte, wie wenn diese Person auch durch Zeichen auf eine verständliche Art andeuten könnte,

18) S. Genslers angef. Abhandl. §. 3. S. 367.

was sie niedergeschrieben haben wolle, und dieses auch von ihr gelesen, und als richtig niedergeschrieben von ihr durch deutliche Zeichen zu erkennen gegeben worden? Sollte diese Person nicht das nämliche Recht, wie die schreibkundige, haben? Ich glaube nicht. Denn das Gesetz macht das eigenhändige Niederschreiben des letzten Willens zur ausdrücklichen Bedingung der Testamentsfähigkeit einer solchen Person. Der Fall würde also bloß zu einem Gesuche um die landesherrliche Erlaubniß, ein Testament machen zu dürfen, geeignet seyn[19]).

II. Es ist Jemand nur Eins von Beyden, entweder bloß taub, oder bloß stumm. Hier kann der Taube, wenn er sprechen kann, mündlich, der Stumme aber, wenn er schreiben kann, schriftlich testiren, ohne Dispensation. Doch ist auch hier das Selbstschreiben eine unerläßliche Bedingung. Ob der Testator taub oder stumm geboren, oder es durch Krankheit oder Zufall geworden, darauf soll nichts ankommen. Daß nun Jemand stumm geboren seyn, und doch vollkommen hören könne, ist kein sehr seltner Fall; allein daß Jemand taub geboren seyn, und doch verständlich sprechen könne, oder, wie sich Justinian ausdrückt, daß einer *naturaliter* **surdus** seyn könne, **cui vox articulata** *a natura* **concessa est**, dürfte wohl ein kaum denkbarer Fall seyn. Schon Plinius[20]) sagt: **Auditus cui hominum primo negatus est, huic et sermonis usus ablatus:** ***nec sunt naturaliter surdi, ut non iidem sint et***

19) Gensler a. a. O. Not. 19. S. 367.

20) *Natur. Histor.* Lib. X. Cap. 88. (Tom. II. pag. 463. edit. *Joan.* Harduini *Paris* 1685. 4.) in and. Ausg. Cap. 69.

muti. Wie kann man einer Person die Sprache beybringen, die von Natur taub ist? Wie kann sie sprechen lernen, da sie keinen Sprechenden hören kann? Eben dieses hat auch schon Majansius[21]) erinnert. Dem Kaiser Justinian schien aber doch dieser Fall nicht unmöglich zu seyn, weil er, gestützt auf die Auctorität des röm. Juristen Juventius Celsus, annahm, kein Mensch werde geboren, der ganz ohne alles Gehör sey. Er vernehme die Stimme, **si quis supra cerebrum illius loquatur**. Ob der Vater P. Juventius Celsus, wie Guido Panziroli[22]) glaubt, zuerst diese Erfahrung gemacht, oder sein Sohn, den Paulus *L*. 91. §. 3. *D. de Verbor. Obligat*. Celsus *adolescens* nennt, und welchen Johann Bertrand[23]) für den Erfinder dieser Kunst hält, läßt sich nicht bestimmen. Aegid. Menage[24]) macht indessen die ganze Sache verdächtig. Er selbst, sagt er, habe eine Geschichte der Medizin geschrieben, und könne mit Zuverlässigkeit versichern, daß kein einziger der alten Aerzte etwas davon gemeldet habe. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß nach unserm Gesetz ein Tauber, er sey nun entweder so geboren, oder es erst geworden, nur dann ohne Dispensation testiren könne, wenn er schreiben, oder vernehmlich sprechen kann[25]).

21) Disp. cit. §. 11. pag. 455. Man sehe auch *Jo*. Klein de testatore cauto. (*Rostochi* 1699.) Cap. II. nr. 99. sqq.

22) De claris Legum interpretib. Lib. I. Cap. 33.

23) De Jurisperitis. Lib. I. Cap. 10.

24) Juris civ. Amoenitat. Cap. XXVII. pag. 154. sqq. (edit. *Jo. Guil.* Hoffmanni.)

25) S. Gensler's angef. Schrift Not. 21. Jedoch führen Menagius c. l. Majansius cit. Disputat. §. 11. und *Ulr.*

§. 1404. c.

Gerichtlich erklärte Verschwender.

Den Wahnsinnigen werden in Absicht auf die Verwaltung des Vermögens

5) die gerichtlich erklärten Verschwender gleichgestellt [26]). Pomponius *libro XXXIV. ad Sabinum* [27]) sagt von dem einen, wie von dem andern: **Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum est,** ***nulla voluntas est.*** Diesen ist daher die Verwaltung ihres Vermögens genommen, um es ihnen und ihrer Familie zu erhalten. Sie stehen demnach, wie Wahnsinnige, unter der Curatel, und haben keine Dispositionsfähigkeit. So wenig sie also die Fähigkeit haben, Veräußerungen vorzunehmen [28]), so wenig haben sie auch die Fähigkeit ein Testament zu machen. Daher heißt es in den Institutionen:

Huber Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 22. §. 5. Beyspiele von Personen an, welche taub geboren waren, und doch einigermaaßen sprechen gelernt haben, ja Menage führt Fälle an, wo man das Mittel des Juventius Celsus mit gutem Erfolg versucht hat. Man sehe auch Höpfner's Commentar über die Heinec. Institutionen. §. 468. Daß dann solche Taubgebornen, welchen man durch Kunst schreiben oder sprechen gelernt hat, testiren können, behauptet auch *Christ. Gottl.* Biener ad Heineccii Institut. iur. civ. edit. sec. a se curat. Lib. II. Tit. XII. §. 517. not. 4.

26) Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 461. vergl. mit Vol. II. §. 213. Gans röm. Erbrecht. 2. B. S. 155.

27) *L.* 40. *D. de Regul. iuris.*

28) *L.* 10. *pr. D. de curator. furios.*

§. 2. *II.* 12. *Quib. non est permiss. fac. testament.* Item prodigus, *cui bonorum suorum administratio interdicta est*, testamentum facere non potest.

Eben so lehrt Ulpian *L.* 18. *pr. D. h. t.* Is, cui lege (i. e. legitimo modo a Praetore vel Praeside) bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et si fecerit, ipso iure non valet.

Also nicht dem Verschwender, als solchem, wird Wille und Verstand abgesprochen; nein, es heißt vielmehr in dem Rescript des *Divus Pius* bey Ulpian[29]): et si mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse; sondern insofern ihm wegen seiner verschwenderischen Haushaltung die Verwaltung seines Vermögens von der Obrigkeit untersagt, und demselben ein Curator exemplo furiosi, wie Ulpian[30]) sagt, gegeben worden ist, wird er einem Wahnsinnigen gleichgeachtet, der keinen Willen hat, nämlich hinsichtlich der Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen. Die Testamentsunfähigkeit des Prodigus ist also bloß Folge der bonorum interdictio. Es erhellet dieß daraus offenbar, weil ja das Testament, welches ein Prodigus vor der Interdiction gemacht hat, gültig ist, und gültig bleibt. Ulpian sagt es in der angeführten Stelle ausdrücklich:

Quod tamen *interdictione vetustius* habuerit, *testamentum*, hoc valebit.

Und in den Institutionen heißt es: Sed id,

29) *L.* 12. §. 2. *D. de tutor. et curat. dat.*

30) *L.* 1. *pr. D. de curat. furios.*

quod ante fecerit, quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est.

Wäre nun der Verschwender schon wegen seiner schlechten Haushaltung allein einem Wahnsinnigen gleichzuachten, wie könnte auch das Testament gültig seyn, was der Prodigus vor der Interdiction gemacht hat? Denn die Interdiction kann ihm ja nicht mehr, und nicht weniger Verstand geben, als er hat, wie auch schon Franz Connanus [31]), und Emanuel Soarez a Ribeira [32]) sehr richtig bemerkt haben. Daher giebt Ulpian [33]), da wo er von den Personen handelt, welche die Fähigkeit zu testiren nicht haben, beym furiosus einen ganz andern Grund an, als beym prodigus. Von jenem sagt er: quoniam mentem non habet, von diesem aber:

Prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest, *quoniam commercium illi interdictum est*, et ob id familiam mancipare non potest.

Zwar lehrt nun freylich auch derselbe Ulpian [34]): *Commercium* est emendi vendendique invicem ius, es war auch wirklich das zur Zeit Ulpians übliche Testament per aes et libram eine förmliche Mancipation, d. h. ein Scheinverkauf des Vermögens an den familiae emtor,

31) Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. IX. Cap. 4. fol. 675. (*Lutetiae* 1553. f.)

32) Observationum iuris lib. Cap. XII. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 572.)

33) *Fragm. Tit. XX.* § 13. (in Hugo iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 59. sq.)

34) *Fragm. Tit. XIX.* §. 5. (bey Hugo pag. 51.)

und eine solche Mancipation konnte der **prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est**, freylich nicht vornehmen, wie Ulpian selbst sagt. Allein deswegen ist doch das **Commercium** keinesweges in dem höchst beschränkten Sinne vom Kaufen und Verkaufen zu nehmen. Denn das Testament, von dem Ulpian spricht, bestand nicht in einer bloßen Mancipation, ein ganz davon verschiedener zweyter Act war das Aussprechen des Willens, die *nuncupatio testamenti*, welche mit der Formel geschahe: *Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos, Quirites, testimonium perhibitote* [35]); zu deren Erläuterung Gajus noch hinzufügt: *nuncupare* **est enim palam nominare, et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.** Das Wort emtio hatte also in älterer Zeit eine viel ausgedehntere Bedeutung, es bezeichnete nach dem Sprachgebrauche der XII Tafeln eigentlich jede Art der Alienation, und also den Vermögensverkehr überhaupt der auch durch Testament geschahe. Hieran läßt uns Pomponius nicht zweifeln, wenn er *libro XVIII. ad Quintum Mucium* [36]) sagt:

Sed verissimum est, quod et Aristo Celso

35) Ulpianus *Fr. Tit. XX.* §. 9. und Gajus *Institut. Comment. II.* §. 104. Man s. auch Gans röm. Erbrecht. 2. Bd. S. 76.

36) *L.* 29. §. 1. *D. de Statuliberis.* (XL. 7.) Diese ausgedehnte Bedeutung hatten auch wohl die Worte: *ob eam rem tibi aere commercioque interdico*, in der alten Formel der Prodigalitätserklärung. Paulus **Sentent. Receptar. Lib. III. Tit. IV. A. §. 7.**

rescripsit: posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, *quoniam lex duodecim tabularum* EMTIONIS *verbo omnem alienationem complexa videretur*, nec interesse, quo genere quisque dominus eius fieret.

So war alſo unſtreitig auch die **testamentifactio** unter dem **commercium** oder **ius commercii** begriffen, denn ſie iſt, wie Burchardi[37]) ſehr richtig ſagt, ***commercium*** bezogen auf Erbrecht, und beſteht nicht bloß in dem Rechte ein Teſtament zu machen, ſondern überhaupt in dem Rechte zu erben und beerbt zu werden, wovon die Befugniß ſich einen Teſtamentserben zu ernennen, nur eine beſondere Anwendung iſt. Dieſer wahre Grund, warum gerichtlich erklärte Verſchwender nicht teſtiren können, den Ulpian darin ſetzt, daß ihnen durch die Interdiction das ***ius commercii*** entzogen ſey, blieb daher gültig, nachdem auch ſchon längſt das **testamentum per aes et libram** außer Gebrauche war. Daher auch Juſtinian den Satz, daß ein gerichtlich erklärter Verſchwender nicht teſtiren kann, ſowohl in ſeine Inſtitutionen als Pandecten hat aufnehmen laſſen. Diejenigen[38]) haben ſich daher ſehr getäuſcht, welche ſich den Schluß erlaubt haben, weil die zur Zeit Ulpians

37) Grundzüge des Rechtsſyſtems der Römer aus ihren Begriffen vom öffentlichen und Privatr. entwickelt. 1. Buch. §. 9. S. 52.

38) So z. B. *Christ.* HANACCIUS in Disp. qua ius testandi prodigo contra communem sententiam assertum tuetur. *Vitembergae* 1724. 4. §. 55. und *Jo. Mich.* MANNERT in Diss. contin. aliquot observationes ad doctrinam de testamento prodigi spectantes. *Erlangae* 1811. 4. §. V. sqq.

übliche Testamentsform per aes et libram schon längst vor Justinian außer Gebrauch gekommen, so falle der Grund des Gesetzes, und mit demselben auch die Verordnung des römischen Rechts selbst weg. Der Grund, den Ulpian anführt, ist vielmehr noch jetzt der nämliche, wie auch Lud. Gottfr. Madihn[39]), Püttmann[40]) und Schweppe[41]) mit Recht behaupten. Andere[42]) wollen jedoch noch den Grund für besonders zutreffend hatten, daß nämlich dadurch der prodigus verhindert werde, sich etwa an seinen Intestaterbrn, die ihn meistens unter Curatel bringen, durch testamentarische Verfügung zu rächen. Allein um der Intestaterben willen hätten die Gesetze nicht nöthig gehabt, dem Prodigus die Testamentsfähigkeit zu versagen. Denn sind es keine Notherben, so können sie ohnehin nach Gefallen übergangen werden; und auch die Notherben haben nur auf ihren Pflichttheil ein gegründetes Recht, welcher ihnen deswegen nicht genommen werden kann, weil sie den Verschwender unter die Curatel haben setzen lassen.

Nach einer Novelle des Kaisers Leo des Philosophen[43]) soll jedoch das Testament eines gerichtlich erklärten Verschwenders in dem Falle aufrecht erhalten wer-

39) Commentat. de iure testandi prodigis frustra vindicato. *Hallae* 1771. 4. pag. 10. sq.

40) Probabil. iuris civ. lib. II. Cap. 2. pag. 16.

41) Röm. Rechtsgeschichte §. 441. S. 637. (der 2. Ausgabe. Götting. 1826.)

42) *Jo. Frid.* Gildemeister Progr. Observationes nonnullas varii argumenti, quae ad rem legitimam pertinent, cont. *Bremae* 1778. 4. Obs. IV. und Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1404. S. 215. f.

43) *Nov. XXXIX.*

den, wenn es vernünftig gefaßt ist, und keine Spuren verschwenderischer Gesinnungen enthält. Z. B. der Prodigus hat zum Besten seiner Familie, oder zu Gunsten der Armen testirt. Ob aber diese Novelle heut zu Tage anwendbar sey, ist eine bekannte Streitfrage, welche freylich von mehreren Rechtsgelehrten [44]) bejahet wird. Allein daß die Leonischen Novellen, welche den Glossatoren ganz unbekannt waren, erst in der andern Hälfte des 16. Jahrhunderts durch Heinrich Scrimger bekannt, und erst, seitdem sie Heinrich Agyläus ins Lateinische übersetzt hatte, dem Corpus iuris civilis beygefügt wurden [45]), ja deren Gültigkeit selbst im Orient von griechischen Schriftstellern bezweifelt wird [46]); in Deutschland

44) *Jo. Frid.* Olearius in Progr. de valore Novellar. Leonis. (*Lipsiae* 1708.) §. VIII. *Casp. Achat.* Beck de Novellis Leonis Aug. et Philos. earumque usu et auctoritate. §. XXVIII. pag. 132. (edit. Zepernick *Hallae* 1779. 8. adject. est Olearii Progr. pag. 400.) *Sam. Frid.* Willenberg de testamento prodigi §. VII. sqq., in *Selectis iurisprud. civ.* (*Gedani* 1728. 4.) P. II. Exercit. XXIV. pag. 491. sqq.

45) S. *Car. Frid.* Zepernick Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionib. inprimis Novellis Leonis Sapientis. Sect. III. §. 17. sqq. adj. Beckii libro cit. pag. 324. sqq. Die älteste Ausgabe, in welcher man diese Novellen nach der lateinischen Uebersetzung des Agyläus findet, ist die *Lugduni* 1562. in fol. von Wem dieselbe veranstaltet worden, läßt sich nicht bestimmen, denn der Herausgeber hat sich nicht genannt. Eine nähere Beschreibung dieser Ausgabe wird man in dem Addendo zu der gedachten Zepernickischen Schrift finden.

46) S. *Jo. Th.* Seger Diss. de Leonis Philos. constitutionum Novellarum auctoritate. (*Lipsiae* 1767.) §. III. sqq.

weder angenommen sind, noch haben angenommen werden können, kann man jetzt wohl als eine ganz entschiedene Sache ansehen, seitdem durch die treffliche Abhandlung des um die geschichtliche Rechtswissenschaft hochverdienten Zepernick[47]) jeder Zweifel beseitiget worden ist.

Andere[48]) hingegen meinen, die Novelle des Kaisers Leo enthalte gar kein neues Recht, sondern spreche nur das aus, was nach den Grundsätzen einer richtigen Interpretation schon im Geist des Römisch-Justinianeischen Rechts liege, um so weniger sey daher die heutige Anwendbarkeit der Leonischen Novelle zu bezweifeln. Wollte man, sagen sie, den gerichtlich erklärten Verschwendern die rechtliche Fähigkeit absprechen, ein Testament zu machen, so würden sie ja noch härter behandelt werden, als die wirklich Rasenden, denen sie doch sonst in den Gesetzen gleichgestellt würden. Die Aehnlichkeit eines Rasenden und eines Verschwenders, von der hier die Gesetze ausgehen, bringe es vielmehr mit sich, daß beyder Testamente nach denselben Grundsätzen behandelt werden müßten. Auch den Rasenden sey es verboten, ein Testament zu machen. Der Grund sey

(in *Opuscul.* a *Jo. Lud.* Klüber edit. Vol. I. p. 289. sqq.) und Zepernick ad *Beckii* libr. cit. pag. 72. sqq.

47) Conjecturae, quibus ex causis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant. Adject. Beckii libro de Novellis Leonis, adspers. animadversionib. et mantissa commentationum a se editt. pag. 403—552. Man vergl. auch den 1. Th. dieses Commentars §. 65.

48) Fried. Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. §. 12. 14. und Mannert Diss. cit de testamento prodigi. §. X. et XI.

offenbar der, weil der Rasende keinen Willen hat. Wenn der Grund wegfällt, so falle auch das Begründete weg. Der Gesetzgeber handelte also sehr consequent, wenn er dem Rasenden erlaubte, so bald man untrügliche Kennzeichen von seinem vernünftigen Willen habe, in lichten Zwischenräumen seinen letzten Willen zu errichten. Auch den Verschwender sehen die Gesetze als einen Seelenkranken an, der, so lange er dieß ist, keinen vernünftigen Willen zu haben vermuthet wird. Aus diesem Grunde hätten sie ihm die Testamentifaction verboten. Aber auch ein Verschwender könne lichte Zwischenräume haben. Es sey also auch die Einschränkung jenes Verbots bey dem Rasenden auf den Verschwender auszudehnen. Die Gesetze enthielten zwar diese Einschränkung bey dem Verschwender so ausdrücklich nicht, wie bey dem Rasenden, aber doch indirect. Dieses ergebe sich aus der Verbindung, in welcher die Gesetze von der Testamentifaction beyder sprächen. In den §§. 1. 2. u. 3. *J. Quibus non est permiss. fac. testam.* werde nämlich verordnet, das Testament eines Rasenden solle gelten, wenn seine Krankheit — **furor** — zur Zeit der Testamentserrichtung nachgelassen hat. Nach denselben Grundsätzen — **Item** —, durch welches Wort der §. 2. mit dem vorhergehenden §. verbunden worden ist, könne auch der Verschwender kein Testament machen, d. h. so lange er Verschwender, so lange er krank ist. Nach denselben Grundsätzen — **Item** — werde auch §. 3. das Testament eines Tauben oder Stummen beurtheilt, d. h. wenn ihn seine Krankheit nicht an der Errichtung seines Willens hindert. Diese drey Fälle wolle der Gesetzgeber unstreitig nach denselben Grundsätzen behandelt wissen,

deswegen habe er sie so sorgfältig zusammengestellt, und sage am Schluß des §. 3. noch: **Unde nostra constitutio** *etiam his* **subvenit.** Er wolle also auch den Tauben und Stummen durch seine Verordnung ihre Testamentifaction vorbehalten. In diesem *etiam his* liege es also deutlich, daß er diese drey Fälle nach denselben Regeln beurtheilte. Diese Ansicht werde nun noch besonders durch *L.* 1. *D. de curat. furios.* unterstützt, wo Ulpian sage: wenn der Rasende und Verschwender wieder in einen Zustand der Vernünftigkeit zurückkehre, so höre die Curatel über dieselben **ipso iure** auf. Dieß könne nun wohl nicht anders verstanden werden, als so, sobald man unbezweifelte Kennzeichen eines vernünftigen Willens des Curanden hat, so solle angenommen werden, daß in dem Zeitmoment, in dem diese Kennzeichen eingetreten sind, die Curatel **ipso iure** aufhöre. Dieses **ipso iure** stehe also hier, nach einer richtigen Folgerung, mit dem Grundsatz in der genauesten Verbindung, daß ein Rasender in lichten Zwischenräumen testiren könne, und da dieses in dem Gesetz der Pandecten auch auf den Verschwender ausgedehnt wird, so habe das Gesetz hierdurch indirect dem Verschwender in lichten Zwischenräumen zu testiren erlaubt. So lange sich nun der Verschwender in der Curatel befindet, ist er freylich mäßig und sparsam, nach der Vorschrift seines Curators, zu leben genöthigt, es fehlt ihm also an Gelegenheit, Proben von seiner Lebensbesserung zu geben. Nur aus einer Handlung, die das offene Gepräge der Vernünftigkeit trägt, könne daher diese erkannt werden. Eine solche, — ja die concludenteste documentirte — Handlung sey das Testament, der materiell vernünftige Inhalt des letzten Willens. Dieser sey ein ver-

nünftiger, wenn er ein rechtsgemäßer ist. Sey nun Niemand darin übergangen, der nicht übergangen werden durfte, sey Niemand darin enterbt, der nicht enterbt werden durfte u. s. w., so sey das Testament gültig, denn es sey ein rechtsgemäßes und also ein vernünftiges Testament. Man habe nun auch nicht einmal mehr nöthig, sich auf die Leonische Novelle zu stützen, und könne die Frage, ob die Novellen des K. Leo in Deutschland recipirt seyen, oder nicht, füglich auf sich beruhen lassen. Denn die Meinung empfehle sich schon durch ihre Billigkeit, und sey, obgleich auch wegen der Auctorität der gedachten Novelle, in der Praxis längst angenommen, wie durch die Zeugnisse eines Carpzovs [49]), eines Joh. von Sande [50]), und Johann Philippi [51]) erwiesen werden will. Es lasse sich aber auch mit leichter Mühe beweisen, daß die Novellen des Kaisers Leo in Deutschland mit dem **Corpus iuris civilis** seyen angenommen worden [52]). Denn in der Reichshofrathsordnung Ferdinand **III.** von J. **1654** heiße es ausdrücklich [53]):

„So sollen auch unsere kaiserliche Wahlcapitulation, alle Reichsabschied, ꝛc. ꝛc. — das *Corpus iuris civilis* und **canonici**, — auf der Reichshofraths-Tafel, damit man sich deren in zweifelhaften Fällen gebrauchen könne, stets vorhanden seyn, und von selbiger nicht verrückt werden.

49) Jurispr. for. P. III. Const. VI. Def. 11.

50) Decision. Lib. IV. Tit. I. Def. 3.

51) Us. pract. Instit. Just. Lib. II. Tit. 12. Eccl. 52.

52) Man sehe hier Mannert Diss. cit. §. XI.

53) Tit. VII. §. 24.

Hiermit sey also das ganze **Corpus iuris civilis** mit allen seinen Anhängen für gültig erklärt, wie daraus erhelle, weil sich damals die Ausgaben des Dionys. Gothofredus in aller Händen befunden hätten, welche die Novellen des Kaisers Leo enthalten, die deutschen Kaiser aber die alten römischen Kaiser, also den Kaiser Leo sogut, wie den K. Justinian, ihre Vorfahren am Reiche genannt hätten.

Allein aller dieser Gründe ungeachtet, so scheinbar sie auch immer sind, bleiben dennoch die Gründe für die verneinende Meinung überwiegend. Dürfte man sich freilich über das geschriebene Recht hinaussetzen, und bloß das Billigkeitsgefühl eintreten lassen, so würde ich kein Bedenken finden, der bejahenden Meinung beyzutreten. So aber muß ich die undankbare Mühe bedauern, die man sich gegeben hat, eine Meinung zu vertheidigen, die sich doch, so lange das Justinianeische Recht in Deutschland gilt, durchaus nicht rechtfertigen läßt. Wie kann diese Meinung im Geist des Justin. Rechts gegründet seyn, welches dem Prodigus, so lange er in der Curatel ist, die Testamentsfähigkeit rund abspricht? Wie kann hier eine Aehnlichkeit zwischen einem Prodigus und einem Furiosus Statt finden, wenn man erwägt, daß dem erstern die Verwaltung seines Vermögens von der Obrigkeit ausdrücklich untersagt, der letztere aber nur aus Mangel des Vernunftgebrauchs unter Curatel gesetzt ist? Darum kann freylich der Furiosus testiren, wenn durch den Eintritt eines lichten Zwischenraums jenes Hinderniß gehoben ist, weil ihm kein Verbot entgegensteht. Hört denn aber auch die Wirkung des Interdicts, und diese besteht ja beym Prodigus in der Unfähigkeit über sein Vermögen zu disponiren, und ein Testament zu

machen, ipso iure auf, wenn er ein vernünftig Testament macht? So will man freylich den Ulpian *L.* 1. *D. de curat. furios.* verstehen. Man hätte auch allenfalls noch eine andere Stelle von Paulus [54]) anführen können, welcher sagt:

Prodigus recepta vitae sanitate, ad bonos mores reversus, et testamentum facere, et ad testamenti solennia adhiberi potest.

Allein mit welchem Rechte? Dieß ist schon an einem andern Orte [55]) ausführlicher gezeigt worden. Die Dispositionsfähigkeit tritt nicht eher beym **prodigus** wieder ein, als wenn nach vorhergegangener Untersuchung das Interdict wieder aufgehoben worden ist. Anders versteht auch Anton Schulting [56]) die Stelle des Paulus nicht, wenn er sagt: ***Quando id constat decreto magistratus***, **ut ita unumquodque eo solvatur modo, quo colligatum est: alioquin res haec valde esset incerta, quae tamen debet esse certissima.** Wo hat wohl irgend ein Gesetz von lichten Zwischenräumen bey Verschwendern gesprochen? Sind dieß nicht leere Träume, die durch eine falsche Auslegung der Gesetze erzeugt worden sind? So lange also nicht die Ursache der Testamentsunfähigkeit, nämlich die Interdiction mit Aufhebung der Curatel beseitiget, und dem Prodigus der Vermögensverkehr, das **commercium**, welches ihm durch die **Interdictio** genommen war, wieder geworden ist, ist

54) *Sententiar. Receptar.* Lib. III. Tit. 4. A. §. 12. (in *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 343.)

55) S. §. 1398. S. 307. ff.

56) Ad loc. cit. Pauli not. 38. Man sehe auch Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten. §. 39.

und bleibt das von ihm während der Curatel gemachte Testament ungültig, sey es auch immerhin noch so vernünftig verfaßt [57]). Denn durch die Interdiction ist ihm ja nicht der Vernunftgebrauch, sondern nur die eigne Verwaltung seines Vermögens untersagt. Vergeblich hat man einen Beweis für die entgegengesetzte Meinung in der Verbindung der §§. 1. 2. u. 3. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* zu finden gemeint. Denn offenbar heißt *item* hier nicht soviel, daß das Testament eines Rasenden und eines Verschwenders nach einerley Grundsätzen behandelt werden solle; nein, *item* ist eine **particula continuativa praecedentium**, wie Johann Strauch [58]) sagt, und heißt soviel als **porro, praeterea**, welches letztere Bindewort auch Justinian selbst §. 1. dieses Titels gebraucht hat. Justinian braucht **Item** überall in seinen Institutionen, wenn er von mehreren Gegenständen handelt, welche unter ein **Genus** gehören, so wie er hier von den Personen handelt, welchen es nicht erlaubt ist, ein Testament zu machen, und diese nun mittelst der Partikel **item** nach einander aufführt. Hier hätte nun Justinian gerade die schicklichste Gelegenheit gehabt, zu sagen, das Testament eines Prodigus solle gelten, sofern es auf eine vernünftige und rechtsgemäße Art eingerichtet ist, wenn dieß seine Meinung gewesen wäre. Könnte das Testament eines Prodigus wegen seiner Vernünftigkeit gelten, warum sollte denn nicht auch ein Prodigus

57) S. **Bachovius ad** *Treutlerum* **Vol. II. P. I. Disp. X. Th. III. Lit. D. Verb.** *Quin et si probe.* **pag. 532.** und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 8. Bd. Medit. 414.

58) **Lexicon. particularum iur. voc.** *Item.*

bey einem Testament als Zeuge zugezogen werden können, wie ein Furiosus zur Zeit eines vernünftigen Zwischenraums [59])? Ist nicht bey einer Testamentshandlung Zeuge zu seyn, eine eben so vernünftige Handlung? und doch wird ihm auch diese Fähigkeit abgesprochen [60]). Um jedoch wieder auf das Wörtchen item zurückzukommen, so hat dieses nicht einmal Theophilus in seiner griechischen Paraphrase beybehalten. Dieser sagt geradezu:

Οὐδὲ τὸν ἄσωτον, ᾧ τῶν οἰκείων πραγμάτων ἡ διοίκησις ἀπηγόρευται, ὁ νόμος συγχωρεῖ διατίθεσθαι. i. e. *Nec prodigum, cui bonorum suorum administratio interdicta est, lex testari permittit.*

Soviel hiernächst die zur Hülfe genommene Auctorität der angeführten practischen Juristen betrifft, so kann diese darum nichts entscheiden, weil sie durch gleich wichtige Zeugnisse für das Gegentheil aufgewogen werden kann. Sollte nicht die Auctorität eines Christ. Phil. Richters [61]), Joh. Brunnemanns [62]), Nic. Christoph Lynckers [63]), Sam. Strycks [64]), Just. Henn. Böhmers [65]), Goswin von Esbach [66]) und Aloys

59) *L.* 20. §. 4. *D. h. t.*

60) *L.* 18. *pr. D. h. t.*

61) Decision. P. I. Decis. 43.

62) Decision. Centur. V. Decis. 23. pag. 330.

63) Respons. P. I. Resp. 631. pag. 933. Ejusd. Decis. Cent. V. Decis. 23.

64) Us. mod. Pand. h. t. §. 12. und Tr. de cautelis testamentor.. Cap. III. §. 27.

65) Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 631. Qu. 1. pag. 934. sqq.

66) Notae et Addition. ad *Carpzovii* Jurispr. for. ad P. III. Const. VII. Def. 11. pag. 399.

von Kreittmayr[67]) eben soviel gelten? Daß auch das heitige deutsche Recht hierin mit dem römischen übereinstimme, wo nicht etwa durch besondere Landesgesetze[68]) davon abgewichen ist, haben Carl Fried. Walch[69]), Joh. Fried. Eisenhart[70]) und Johann Christ. von Quistorp[71]) überzeugend dargethan. Fast ist es nun nicht mehr der Mühe werth, über den aus der Reichshofrathsordnung Ferdinands III. hergenommenen vermeintlich neuen Beweis für die reichsgesetzmäßig geschehene Aufnahme der Leonischen Novellen in Deutschland noch ein Wort zu verlieren. Offenbar ist hier das *Corpus iuris civilis* gemeint, soweit es schon längst vor Ferdinand dem III. ja schon vor Maximilian I. in Deutschland recipirt war, und dieses war das Justinianeische Gesetzbuch, welches in derselben Reichshofrathsordnung Tit. I. §. 15. mit dem Namen der kaiserlichen Rechte, und Tit. VII. §. 21. mit dem Namen der gemeinen beschriebenen Rechte bezeichnet wird, in welcher Hinsicht denn auch Kaiser

67) Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 3. Th. 3. Kap. §. III. nr. 9. S. 272. f. (München 1796. 8.)

68) So kann z. B. sowohl nach dem allgem. Preuß. Landrechte 1. Th. 12. Tit. §. 27. als nach dem Oesterreich. Landrechte 2. Th. §. 568. der Verschwender während der Vormundschaft, zum Nachtheil der gesetzlichen Erben, nur über die Hälfte seines Nachlasses durch Testament gültig verfügen.

69) *Commentat.* de testamento prodigi iure Germanico invalido. *Jenae* 1754. 4.

70) Disp. de iure testandi prodigo non competente. *Helmst.* 1749.

71) Rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. V. S. 21. f. (nach Dess. Tode herausgegeben von G. Wiese. Leipzig. 1798. 4.)

Maximilian I. in seinen selbst für das deutsche Reich gegebenen Gesetzen die Kaiser Constantin und Justinian seine Vorfahren am Reiche nennt [72]). Mögen also zur Zeit Ferdinands III. die Novellen des Kaisers Leo immerhin schon in den damals gangbaren Gothofredischen Ausgaben des Corporis iuris civilis gestanden haben; so waren gewiß diese nicht mitgemeint. Denn sonst müßten ja auch die übrigen Verordnungen der byzantinischen Kaiser, es müßten nicht minder die capitula feudorum extraordinaria in Deutschland recipirt seyn, weil auch diese in den Gothofredischen Ausgaben den Novellen des Kaisers Justinian beygefügt sind, wenn der Kaiser Ferdinand III. das ganze Corpus iuris civilis mit allen seinen Nebentheilen gemeint hätte. Daß aber diese in Deutschland keine gesetzliche Kraft haben, ist eine längst anerkannte Wahrheit [73]). Hätten sie solche wirklich erhalten, so dürften sie ja auch in den glossirten Ausgaben nicht fehlen.

72) S. Pütter's Abh. Wie das Justinianeisch-röm. Gesetzbuch in Deutschl. zur gesetzl. Kraft gediehen sey? in Desselben Beyträgen zum deutsch. Staats- und Fürstenrechte. 2. Th. Nr. XXIII. S. 30. ff.

73) S. was die den Novellen des Kaisers Justinian beygefügten Constitutionen der byzantinischen Kaiser betrifft, meine Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts. §. 64. S. 269. ff. und den 1. Th. des Commentars §. 56. Soviel aber die capitula feudorum extraordinaria oder extravagantia anlangt, G. e. Mich. Weber's Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts. 1. Th. §. 32. S. 280. ff. und Carl Fried. Dieck Literärgeschichte des Longobard. Lehenrechts. (Halle 1828.) 8. Abh. §. 8. S. 410. ff.

Baudoza nahm sie zwar in seine Ausgabe [74]) auf, allein, wie er sich ausdrückt, bloß darum, *Ne quid huic novae Corporis iuris civilis editioni deesset, quod priores editiones desiderare posset* [75]). Und wie käme denn gerade die Ausgabe des Dionys. Gothofredus zu der Ehre, vom Kr. Ferdinand *III.* berücksichtiget worden zu seyn, da es ja keine einzige Ausgabe vom Corpus iuris civilis giebt, welche unter den Ausspicien der gesetzgebenden Macht in Deutschland veranstaltet, oder von derselben bestätiget worden ist? Oder meint man etwa, durch die angeführte Reichshofrathsordnung des Kaisers Ferdinand III. sey das Corpus iuris civilis erst in Deutschland eingeführt worden? Normirte nicht schon die Kammergerichtsordnung Maximilian I. vom J. 1495 die Eidesformel des Richters und der Beysitzer dahin, daß sie nach des Reichs und gemeinen Rechten [76]) ꝛc. richten sollten? Daß aber Max. unter den gemeinen Rechten das Römisch-Justinianeische Recht verstanden habe, ist noch nie bezweifelt worden. Ich möchte aber auch nicht einmal behaupten, daß erst unter Maximilian die förmliche Aufnahme des röm. Rechts in Deutschland geschehen sey. Denn wenn dieß die Meinung des Kaisers gewesen wäre, würde man sich dann wohl begnügt haben, nur in der den Kammergerichtsbeysitzern

74) *Lugduni* 1593. 4.

75) P. IV. Col. 664. in fin.

76) So ist die richtige Lesart, und nicht die gewöhnliche „nach des Reichs gemeinen Rechten," weil sie nur von einer Gattung der anzuwendenden Rechte spricht. S. Eichhorns deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 3. Th. §. 442. Not. a. S. 336. der 3. Ausg.

vorgeschriebenen Eidesformel gleichsam im Vorbeygehen einfließen zu lassen, daß sie nach des Reichs- und gemeinen Rechten urtheilen sollten? Es wird also hier ohne Zweifel schon ein gemeiner Gebrauch des röm. Rechts vorausgesetzt [77]). Damals aber gab es noch keine Ausgabe vom corpus iuris civilis, welche die Novellen des Kaisers Leo enthalten hätte. Die Ausgaben, die man kannte, waren blos glossirte, und diese enthielten nichts, als die Justinianeischen Gesetzsammlungen. Denn nur diese allein waren es, welche die Glossatoren kannten, und unsere Vorfahren haben ja das römische Recht in keiner andern Gestalt recipirt, als in welcher sie solches aus den Händen der Glossatoren empfingen [78]).

§. 1404. d.

Unmündige. Testamentsmündigkeit.

Zu den testamentsunfähigen Personen gehören ferner

6) Unmündige, *impuberes*, so werden hier diejenigen Mannspersonen genennt, welche noch nicht das vierzehnte, und diejenigen Frauenspersonen, welche noch nicht das zwölfte Jahr ihres Alters erfüllt haben. Solche Unmündige werden als unvollständige Personen betrachtet, die noch keinen vollkommen gültigen Willen erklären können. Bey Handlungen unter Lebenden

77) Schon Kaiser Ludwig von Baiern verordnete im J. 1342. „daß man an unserm Hofgericht fürbas allermänniglich richten solle nach unserer Vorfahren Könige und Kaiser Gesetzen und geschriebenen Rechten. S. Samml. der Reichs-Absch. 1. Th. S. 44. und Pütters angef. Abhandlung. §. 19—22. S. 42. ff.

78) S. den 1. Th. des Commentars. §. 56. S. 359.

kann nun zwar dieser Mangel durch die Auctorität des Tutors ergänzt werden, allein bey Testamenten findet eine solche Ergänzung nicht Statt [79]). Denn ein Testament, als der Ausdruck des eigenen individuellen Willens, setzt schlechterdings voraus, daß der Testirer selbst wollen müsse, und wollen könne. Er muß also einen vollgültigen Willen haben. Dieser wird nun aber den Unmündigen abgesprochen, darum können sie nicht testiren, auch nicht mit Auctorität ihres Vormundes [80]). Denn der Tutor kann durch seine Auctorität dem **iuri publico** nicht derogiren, und daher nicht die Fähigkeit ersetzen, welche die Gesetze dem Unmündigen absprechen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

§. 1. *J. Quib. non est perm. fac. testam.* **Praeterea testamentum facere non possunt impuberes:** ***quia nullum eorum animi iudicium est*** [81]).

79) Gajus *Comm. II.* §. 113. S. oben §. 1403. S. 344. Not. 31. *L.* 1. §. 1. *D. de tut. et rat. distr.*

80) S. *Arn.* Vinnius Comment. ad §. 1. J. Quib. non est permiss. fac. testam. nr. 1. Stryck Tr. de caut. testam. Cap. III. §. 7. und *Aug. Gottl.* Petermann Diss. de testamentis impuberum. *Lipsiae* 1753. 4. §. V. in fin.

81) Theophilus in Paraphr. Gr. ad h. §. 1. hat diesen Grund so ausgedrückt: *ἐπειδὴ τὸ φρονεῖν τῷ μὲν οὐ προσγέγονε*, welches Reitz in seiner Ausgabe Tom. I. pag. 362. so übersetzt hat: *quia iudicium illi necdum contigit.* Damit stimmt auch Ulpian. *Fragm. Tit. XX.* §. 12. überein, wenn er daselbst sagt: **Impubes, licet sui iuris sit, testamentum facere non potest;** ***quoniam nondum plenum iudicium animi habet.*** Die Gesetze trauen also den Unmündigen noch nicht die zur Errichtung eines Testaments erforderliche Einsicht und Beurtheilung zu. Gesetzt aber auch, ein Unmündiger hätte diese Einsicht vollkommen,

L.* 1. §. 1. *D. de tutelae et ration. distr. **ULPIANUS *libro XXXVI. ad Edictum.* Sicuti testamenti factio pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt.**

***L.* 4. *C. Qui testam. fac. poss,* (VI. 22.) Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. Radoni. Si frater patruelis tuus ante decimum quartum aetatis suae annum decessit, cum facere non potuit testamentum: nihil recte ex eius postremo iudicio postulatur. Nam si hanc aetatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia, suum solemniter ordinavit iudicium: hoc evellere frustra conaris. S. VI. Id. Novembr. Pantichi, CC. Conss.**

Das ältere Recht machte zwar mancherley Ausnahmen, nämlich bey den Vestalinnen, welche aus der väterlichen Gewalt giengen, sobald sie vom Pontifex Maximus captae, und in den Tempel der Vesta als

und eben so gut, wie ein Mündiger, gehabt, und hätte testirt; so würde dennoch, um dieses Individuums willen, keine Ausnahme von der Regel zu machen seyn. Denn von der Anwendung eines allgemein verbietenden Gesetzes, sagt Weber in dem klass. Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. S. 220. f. ist in einzelnen Fällen darum noch keine Ausnahme zu machen, weil etwa das eine oder das andere Individuum diejenige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bey Personen dieser Art Statt zu finden pflegt, und eben darum einen Beweggrund des Gesetzes ausmacht, weil die Legislation nur auf das Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge, nicht auf das Individuum, oder Seltnere ihr Augenmerk richten kann. ***L.* 4. *L.* 5. *L.* 8. *D. de Legib.*** Man sehe auch *Ulr.* **HUBER Praelect. ad Pand. Lib. I. Tit. 3. §. 8.** und **PETERMANN Diss. cit. §. V. in fin.**

Priesterinnen waren eingeführt worden[82]), auch nun unter keiner Tutel mehr standen[83]), und hierdurch das Recht erhielten, ein Testament zu machen, wenn sie gleich noch unmündig waren[84]). Eine Ausnahme fand ferner bey den **Tribunis militum** Statt[85]). Daß man diesen Tribunat auch Jünglingen zu ertheilen pflegte, die noch nicht die Pubertät erreicht hatten, davon hat uns das röm. Alterthum mehrere Beyspiele aufgestellt[86]). Allein daß sie auch hätten testiren können, sagt uns Niemand, als Kr. Justinian, der dieses alte Recht wieder aufgehoben hat. Von diesen haben wir eine Verordnung, *L. ult. Cod. de testamento militis*, (VI. 21.) welche also lautet:

Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, si tribunatum numerorum merebantur, ultimum elogium conficere posse: attamen indignum nostris temporibus esse videtur, eum, qui stabilem men-

82) Gellius *Lib. I. cap.* 12. Ulpianus *Fragm. Tit. X.* §. 5.

83) Plutarch *in vita Numae* Cap. 10. und Gajus *Comment. I.* §. 145. S. Dernburg Beyträge zur Gesch. der röm. Testamente. S. 74. Not. 82.

84) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. I. Cap. 12. Sozomenus *Hist. Eccles.* Lib. I. cap. 9. S. Petermann Diss. cit. §. XVII. und *Jo. Frid. Ern.* Schlichting Diss. de Vestalibus, et iure Vestali Pop. Rom. praes. *Jo. Frid.* Eisenhart def. (rec. *Helmst.* 1754.) §. XXII.

85) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XVII. Cap. 36. *Ev.* Otto Comment. ad §. 1. J. Quib. non est perm. fac. testam. und besonders Petermann cit. Diss. §. XVI.

86) Suetonius *in Augusto* Cap. 38. Vegetius de militia Rom. Lib. I. Cap. 4. Vopiscus *in Probo* Cap. 4. S. *Jo.* Voet de iure militari lib. sing. Cap. II. §. 20.

tem nondum adeptus est, propter privilegia militum, sapientium hominum iura pertractare, et in tam tenera aetate ex tali licentia parentibus forte suis, vel aliis propinquis nocere, propriam substantiam extraneis relinquendo. Ideoque hoc fieri nullo modo concedimus. Dat. Kal. Novembr. post Consulatum LAMPADII et ORESTIS VV. CC. Anno II. 532.

Justinian bezieht sich zwar hier auf alte Gesetze, was dieses aber für welche sind, sagt er nicht[87]). Genug er hat das alte Recht aufgehoben, und dieß ist uns Beweises genug, daß ein solches Recht existirt habe.

Sozomenus[88]) giebt noch eine Ausnahme an. Er erzählt vom Kr. Constantin dem Großen, daß dieser ein Gesetz gegeben, vermöge welchem diejenigen, die sich dem Klosterleben widmen wollen, das Recht haben sollten, ein Testament zu machen, wenn sie auch

87) *Hier.* ALEANDER ad *Gaji* Institution. Epitom. Lib. II. Tit. 2. not. 18. will diese Lücke aus der Stelle des SUETONIUS *in Augusto.* cap. 38. und der *L.* 4. *C. de testam. militis*, einer Verordnung des Krs. Alexander, ergänzen. Ihm stimmt auch *Elb.* LEONINUS Emendat. Lib. IV. Cap. 3. bey. Allein *Ant.* SCHULTING in Jurispr. vet. Antejust. ad loc. *Gaji* cit. pag. 95. hat dagegen mit Recht erinnert, daß Suetonius in der angeführten Stelle keinesweges sage, Augustus habe Unmündigen den Tribunatus legionum ertheilt, sondern von der Zeit spreche, da sie die toga virilis angenommen hätten, wie *Is.* CASAUBONUS in Comm. ad *Sueton.* in Aug. cap. 38. pag. 202. sqq. bemerkt hat, die *L.* 4. *C.* aber rede von dem Alter, welches die Lex Aelia Sentia bey den Manumittirenden erforderte, nämlich von 20 Jahren.

88) *Histor. Eccles.* Lib. I. Cap. 9. S. PETERMANN Diss. cit. §. XVIII.

noch unmündig wären, sie möchten Manns- oder Frauenspersonen seyn.

Alle diese Ausnahmen fallen aber jetzt weg, daher gilt nun der Grundsatz in seiner unumschränkten Allgemeinheit, daß ein Unmündiger, wenn er auch pubertati proximus wäre[89]), kein Testament, auch nicht einmal zu Gunsten einer pia causa, zu machen, fähig sey[90]).

89) Stryck Tr. de caut. testamentor. Cap. III. §. 8.

90) S. Petermann cit. Diss. §. VII. Anderer Meinung ist zwar *Jo.* Brunnemann in Commentar. in Cod. ad L. 4. Qui testam. fac. poss. nr. 5. Für diese Meinung könnte auch vielleicht die *L.* 1. *C. de SS. Eccles.* angeführt werden, wo Kr. Constantin verordnet: Habeat *unusquisque* licentiam, sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens bonorum, quod optaverit, relinquere, et non sint cassa iudicia eius. Allein das Wort *unusquisque* kann wohl nur von einem solchen verstanden werden, der die Testamentsfähigkeit hat. Denn dem Kaiser war gar nicht darum zu thun, die Zahl der Testirer gegen die Regeln des Civilrechts zu vermehren, sondern seine Absicht war, die passive Testamentifaction zu Gunsten der Kirchen und frommen Stiftungen zu erweitern. Denn bis auf die Zeiten des Kaisers Constantin des Großen konnten die Kirchen aus einer letzten Willensverordnung eben so wenig etwas erwerben, als andere Collegia, welche man mit dem Namen der personae incertae bezeichnete, wenn sie nicht privilegirt waren, wie *Christ.* Rau in histor. iuris civ. Rom. de personis incertis ex testamento heredibus, oder vielmehr der als auctor genannte *Car. Th.* Dathe (*Lipsiae* 1784.) §. VIII. dargethan hat. Man findet daselbst einen trefflichen Commentar über die *L.* 1. *C. cit.* aus dem ich nur die sehr richtige Bemerkung ausheben will: *Sed* Constantinus *M. pro singulari suo ecclesiam christianam tum efflorescentem fovendi studio*

Nur dann würde h. z. T. noch eine Ausnahme Statt finden, wenn der pubertati proximus auf geschehenes Ansuchen eine landesherrliche Dispensation erhält, welche ihm jedoch nur nach vorhergegangener Untersuchung, ob er auch die dazu erforderliche Einsicht habe, ertheilt zu werden pflegt [91]).

Hat Jemand in der Unmündigkeit testirt, so ist das Testament ungültig, und es bleibt ungültig, wenn er auch erst nach erlangter Pubertät gestorben wäre [92]),

statuit, *ut* UNUSQUISQUE *sine discrimine sexus*, *status*, *ordinis et dignitatis licentiam haberet*, *Ecclesiae aliquid relinquendi*, *modo caeteroquin in universum legibus testamentam condere non prohibitus esset. Neque enim Imperator per hanc legem communi iuri*, QUOAD PERSONAM TESTANTIS, *derogari voluisse videtur.* Wenn Brunnemann glaubt, ein etwa hinzugekommener Eid könne den Mangel der Testamentsfähigkeit ersetzen, so irrt er sich eben so sehr, denn auch durch den Eid kann dem iuri publico nicht derogirt werden. Ueberdem kann ein Unmündiger weder selbst schwören, noch dem Erben durch eidliche Verpflichtung mit einem Fideicommiß beauflagen. *L.* 2. *D. de legatis et fid. I.* (XXX.) S. STRYCK Tr. de caut. testam. Cap III. §. 9.

91) S. *Jos. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. I. Cap. 22. nr. 30. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 77.) PETERMANN Diss. cit. de testament. impuber. §. XX. und *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. I. §. 2. Anderer Meinung sind jedoch STRYCK Tr. de caut. testamentor. Cap. III. §. 10. Claproth Abh. von Testamenten. §. 5. S. 8. und HUFELAND Lehrbuch. des gem. Civilrechts. 2. Bd. §. 1083. Not. b.

92) Justinian sagt §. 1. *J. Quib. non est perm. fac. test.* Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes factus fuerit, et decesserit. Denn ein letzter Wille, der gleich

und das Testament vor seinem Tode nochmals genehmiget hätte [92]). Denn es ist nicht genug, daß der Testirer die Testamentsfähigkeit zur Zeit seines Todes hat, er muß sie auch schon zur Zeit der Errichtung des Testaments gehabt haben. **Proinde si** ***impubes***, sagt Ulpian [94]), **vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti bonorum possessio non poterit.** Daß das Testament auf immer nichtig sey, welches von einem solchen errichtet worden ist, der keine Testamentsfähigkeit hatte, lehrt auch Modestin *libro V. Pandectarum* [95]):

Si filiusfamilias, aut ***pupillus***, **aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui iuris, aut** ***pupillus pubes***, **aut servus liber factus decesserit,** ***quia nullae sunt tabulae***

Anfangs nichtig war, kann auch in der Folge nicht gültig werden, wenn auch die Ursache der Nichtigkeit wäre gehoben worden. *L* 29. *D. de Reg. iuris. L.* 201. *D. eodem.*

93) Nur wenn bey einem beabsichtigten Rechtsgeschäfte zu dessen Vollgültigkeit nichts als eine Genehmigung fehlte, wird das nachherige Hinzukommen derselben zur Bestätigung des Geschäfts für hinreichend gehalten, und sie wirkt rückwärts. Allein steht dem Geschäft ein verbietendes Gesetz entgegen, wie hier, so wird dasselbe durch die nachher erfolgte Bestätigung für die Vorzeit nie gültig. S. Petermann cit. Diss. §. VI. und Hufelands Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band. Nr. IV. S. 222. ff.

94) *L.* 1. §. 8. *D. de bonor. poss. sec. tabul.* (XXXVII. 11.)

95) *L.* 19. *D. h. t.*

testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuit.

Wer also gültig testiren will, muß die Testamentsmündigkeit haben. Hat er diese erreicht, so kann er testiren, wenn er auch noch minderjährig ist, und unter der Curatel steht, ohne daß dazu die Einwilligung des Curators erfordert wird [96]). Diese Testamentsmündigkeit tritt nun bei den Mannspersonen ein, wenn sie das vierzehnte, bey den Frauenspersonen aber, wenn sie das zwölfte Jahr ihres Alters vollendet haben. Daher sagt Paulus [97]): **Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, feminae post duodecimum.** Besonders wichtig aber ist die Stelle aus ULPIANI *Libro VI. ad Sabinum*, woraus die *L.* 5. *h. t.* genommen ist, folgenden Inhalts:

A qua aetate [98]) testamentum vel masculi, vel feminae facere possint, videamus? Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an suf-

96) *L.* 20. §. 1. *D. de liberat. legat.* (XXXIV. 3.) *L.* 4. *C. Qui testam. fac. poss.* STRYCK de caut. testam. Cap. III. §. 15.

97) *Sentent. Receptar. Lib. III. Tit.* 4. *A.* §. 1.

98) Mehrere Ausgaben, z. B. Haloander, Merlin, Baudoza und Hugo a Porta lesen *Qua aetate*, auch so Beck. Allein schon *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. Cap. 30. pr. (in *Thes. J. R. Ottonian.* Tom II. p. 121.) hat dagegen erinnert, mutilum esse principium. Accursius bemerkt, daß in einigen Handschriften auch *Ex qua aetate* gelesen werde.

ficiat complesse? Propone aliquem kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut MARCIANO videtur.

Aus dieser Stelle ergiebt sich 1) daß man zu Ulpians Zeiten den Termin der Testamentsmündigkeit lediglich nach den Jahren bestimmt habe. Bekannt ist zwar der Streit der ältern röm. Juristen über die Bestimmung der Pubertät, von welchem ich schon bey einer andern Gelegenheit [99]) gesprochen habe. Er galt aber bloß dem männlichen Geschlechte. Denn bey den Frauenspersonen ist es gewiß, daß sie wenigstens schon von den Zeiten des Ks. Augustus an mit dem zwölften Jahre für mündig und mannbar sind gehalten worden [100]). Die Praxis nahm indessen auch bey Manns-

99) S. den 2. Th. des Commentars §. 130. S. 216. ff. Man vergleiche jedoch noch vorzüglich Dirksen Beyträge zur Kunde des röm. Rechts. (Leipz. 1825.) 1. Abh. Kap. I. §. 1. S. 51 — 55. und Kap. II. §. 4. S. 155 — 157. und Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts. 1. Bds. 2. Abth. §. 120. S. 426. ff.

100) S. Zimmern a. a. O. S. 427. f. Wenn PLUTARCH *in Numa* pag. 310. edit. *Reiske* dem König Numa das Gesetz zuschreibt, daß der Termin der Mannbarkeit bey Frauenspersonen auf die Zurücklegung des zwölften Jahres anberaumt seyn solle, so ist diese bloß einzige Auctorität eines griechischen Schriftstellers, welcher dieses nur beyläufig bey der Vergleichung des Lykurgus mit dem Numa geäußert hat, noch vielem Zweifel unterworfen. S. Dirksen Ver-

personen rücksichtlich der Testamentsfähigkeit schon längst vor Justinian ein bestimmtes Alter an, indem sie nach der Meinung der Proculianer in Erwägung, daß körperliche Ausbildung und Reife zur Eingehung einer Ehe da nicht entscheiden könne, wo die geistige Ausbildung des Pupillen in Frage steht, geradezu ein vierzehnjähriges Alter zum Testiren erforderte. Daß dieses die herrschende Meinung im Zeitalter Ulpians gewesen seyn müsse, ist daraus abzunehmen, weil sowohl Paulus in der aus seinen *Sententiis receptis* angeführten Stelle, als auch Gajus in seinen Institutionen das Alter der Testamentsmündigkeit auf dieselbe Art nach Jahren bestimmt haben. Letzterer sagt nämlich *Comm. II.* §. 113.

Videntur ergo melioris conditionis esse feminae, quam masculi: nam masculus minor annorum XIV. testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit: femina vero post XII. annum testamenti faciundi ius nanciscitur.

Daher setzt es auch ein Rescript von Diocletian und Maximian[1]) als ganz bekannt voraus, daß bey Mannspersonen ein Alter von vierzehn Jahren zum Testiren genüge, **licet vigoris nondum emersissent vestigia.**

Mit diesen juristischen Zeugnissen stimmt nicht minder der Bericht eines nichtjuristischen Classikers, nämlich des Macrobius[2]), überein, welcher sagt: **Nam et**

suche zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. R. 6. Abh. Kap. 5. S. 308.

1) *L.* 4. *Cod. Qui testam. fac. poss.*

2) *Saturnal. Lib. VII. Cap.* 7. (*Opp. a Jo. Car.* Zeunio editor. *Lipsiae* 1774. 8. pag. 652.)

secundum iura publica duodecimus annus in femina, et quartus decimus in puero definit *pubertatis aetatem*. Und an einem andern Orte[3]) sagt eben dieser Schriftsteller: **Post annos autem bis septem — moveri incipit vis generationis in masculis, — ideo et tutela puerili quasi virile iam robur absolvitur, de qua tamen feminae, propter votorum festinationem, maturius biennio legibus liberantur.**

Auf diesen alten Sectenstreit beziehen sich nun ohne Zweifel die Worte unsers Fragments: *Verius est*, **in masculis quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum.** Es fehlte indessen gewiß schon längst vor Justinian hierin an einem festen Herkommen nicht, wie aus den angeführten Zeugnissen hervorgeht. Nur in den übrigen Fällen, wo es auf Pubertät ankommt, z. B. in Hinsicht auf die Befreyung von der Tutel, mag es noch an einer unbezweifelten Praxis gefehlt haben[4]), weshalb sich Justinian bewogen fand, durch eine eigene Constitution[5]) die Pubertät ohne Unterschied des Geschlechts nach dem Alter zu bestimmen, und diese Bestimmung sollte dann in Rücksicht aller an die Mündigkeit geknüpften Wirkungen zur Norm dienen.

Zu Ulpians Zeiten bedurften nun zwar Frauenspersonen, nur die von der väterlichen Gewalt und Tutel befreyten Vestalinnen[6]) ausgenommen, oder welche Frauen

3) *In Commentar. in Somnium Scipionis. Lib. I. Cap.* 6. pag. 43. sq.

4) S. Dirksen's angef. Beyträge. S. 55.

5) *L.* 3. *C. Quando tutor. vel curat. esse desinant.* (V. 60.)

6) S. die Note 84. Hier ist nur noch eine Stelle aus Cicero

sonst z. B. wegen des **ius trium vel quatuor liberorum** [7]) von aller Vormundschaft befreyt waren, zum Testiren der **tutoris auctoritas.** Ulpian sagt es selbst ***Fragm. Tit. XX.*** **§. 15. Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt,** ***tutore auctore,*** **donec in tutela sint.** Daß er es auch in unserer Stelle gesagt haben müsse, und daher hier eine Interpolation anzunehmen sey, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Denn hier war es dem Ulpian nicht um die Form, sondern bloß darum zu thun, das zum Testiren erforderliche Alter zu bestimmen. Ohne

de Republica Lib. III. Cap. 10. beyzufügen, wo er sagt: Cur enim pecuniam non habeat mulier? *Cur virgini Vestali sit heres*, non sit matri suae? Daß hier von einem Testament die Rede sey, erhellet daraus, weil das Vermögen einer ohne Testament verstorbenen Vestalin, nach dem Bericht des Gellius *Noct. Attic.* Lib. I. *Cap.* 12. *in fin.* aus den Commentaren des Labeo, dem Staate anheim fiel. S. Zimmern Gesch. des R. Priv. R. 1. Bd. §. 245. Not. 20. S. 924.

7) Gajus *Inst. Comment. I.* §. 145. Tantum enim *ex lege Julia et Papia Poppaea* jure liberorum a tutela liberantur feminae. Ulpianus *Frag. Tit. XXIX.* §. 3. Postea (*lex Papia Poppaea*) libertas *quatuor liberorum iure* tutela patronorum liberavit: et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, etc. Auf das ius trium liberorum der freygebornen Frauen ging unstreitig die Stelle des Paulus *L.* 137. *D. de Verb. Signif.* Ter enixa videtur, etiam quae trigeminos pepererit, denn sie ist aus dessen *libro II. ad Legem Juliam et Papiam.* Man sehe hier besonders *Jo. Gottl.* Heineccii Comm. ad Legem Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. Cap. 11. pag. 234. sqq.

des Tutors Auctorität war das Testament einer Frauensperson nichtig [8]).

Was Cicero [9]) sagt: **Si ea mulier testamentum fecit,** ***quae se capite nunquam deminuit,*** **non videtur ex edicto Praetoris secundum eas tabulas possessio dari,** d. h. das Testament einer Frau werde ohne **capitis deminutio** vom Prätor nicht als gültig behandelt, er gebe daraus keine **bonorum possessio,** hat uns nun Gajus [10]) erklärt, aus dem wir jetzt wissen, daß ehemals Frauenspersonen, jedoch mit Ausnahme einiger oben genannter, nur dann das Recht, ein Testament zu machen, gehabt hätten, wenn sie eine Coemption eingegangen, hierauf remancipirt, und dann manumittirt worden wären. Daher sey ehe-

8) Gajus *Comm. II.* §. 118. Observandum praeterea est, ut, si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, (*auctoribus iis, quos*) tutores habet, facere debeat: *alioquin inutiliter iure civili testabitur.* S. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de testamentis mulierum. *Hallae* 1741. *Christ. Henr.* Breuning Diss. de testamenti factione feminarum. *Lipsiae* 1755. 4. und *Aug. Adolph.* Wendler histor. iuris civ. de testamenti factione mulierum. *Lipsiae* 1792. 4.

9) *Topicor. Cap.* 4. Man vergl. über diese Stelle Hoffmann's Versuch eine Stelle des Cicero Topicor. cap. 4. zu erklären, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. 3. B. Nr. IX. S. 309—327. und von Savigny Beytrag zur Geschichte der Geschlechtstutel, veranlaßt durch den vorstehenden Aufsatz. Ebendaselbst Nr. X. S. 328—348.

10) *Comm. I.* §. 115. a. S. Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts 1. Bd. 2. Abth. §. 245. S. 923. f. und Huschke Commentat. de causa Siliana pag. 18. et 24.

dem die **fiduciaria coemptio** von Frauenspersonen auch darum vorgenommen worden, um ein Testament machen zu können. Hadrian habe jedoch durch einen Senatsschluß die Nothwendigkeit dieses Umweges einer Coemption aufgehoben. Es kam also in Rücksicht der Testamentifaction bey Frauenspersonen darauf an, ob die Frau selbst vermögensrechtlich noch zu einer Familie gehörte, oder nicht. Im ersten Falle konnte sie nicht testiren, wohl aber im letzten Falle, da sie ein eigenes Familienrecht hatte, oder ihre Macht über die Familie vollständig war[11]). Die Nothwendigkeit der Auctorität des Tutors hat jedoch mit dem Verschwinden der Geschlechtstutel aufgehört. Wir lernen

2) aus der angeführten Stelle unsers Ulpians, daß ein Mündiger, um testamentsfähig zu seyn, nicht gerade das gesetzlich bestimmte Alter überschritten, also eine Mannsperson das 15te und eine Frauensperson das 13te Lebensjahr bereits angetreten haben müsse, sondern es ist genug, wenn sie nur dieses Alter erfüllt haben. **Sufficit complesse**, sagt Ulpian. Dieses ist nun aber nach der hier eintretenden Civil-Zeitberechnung, welche nicht auf die einzelnen Zeitmomente, sondern nur auf die Tage Rücksicht nimmt[12]) schon dann erfüllt

11) S. die Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft 5. Bd. (Stuttgart 1829.) S. 296. f.

12) Paulus *L.* 134. *D. de Verb. Signif.* sagt: **Annum *civiliter* non ad momenta temporum, sed *ad dies* numeramus.** S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. b. S. 568. ff. Daraus erklärt sich, wenn derselbe Paulus *L.* 8. *D. de feriis* in Beziehung auf diese Zeitberechnung sagt: **More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quicquid in his vi-**

oder vollendet, sobald sie den letzten Tag dieses Lebensjahres angefangen haben. **Nam ultimus dies coeptus habetur pro completo** [13]). Der letzte Tag, da die Testamentsmündigkeit eintritt, ist aber nicht gerade der Geburtstag, wie einige behaupten [14]), sondern der dem Geburtstage vorhergehende Calendertag, sobald dieser **post sextam horam noctis**, wie Ulpian sagt, d. h. zu Mitternacht, sobald die Glocke zwölf geschlagen hat, beginnt [15]). Ulpian erläutert diesen aller-

ginti quatuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est, quasi qualibet hora lucis actum esset. Also die in den Verlauf eines Tages einfallende Begebenheit, wird als in jedem Moment des Tages, also auch schon als gleich mit dem Beginn desselben erfolgt, angesehen. Man sahe wohl ein, daß eine ganz genaue Rechnung, nach welcher der Anfang eines Zeitraums mit der Stunde, oder Minute beginnt, in welcher das Factum, was zum Beginn eines Zeitraums Anlaß giebt, eintritt, in den wenigsten Fällen ausführbar wäre. Denn selten wird von einem Ereigniß mehr als der Tag gemerkt, und schwer hält es nach Verlauf einiger Zeit, über die Stunde, da sich das fragliche Factum ereignete, Auskunft zu erlangen. S. Schweppe römische Berechnung des Anfangs und Schlusses eines Zeitraums, §. 1. in dem jurist. Magazin 1. Bandes 1. Heft. (Altona 1818.) Nr. IX. S. 117. ff.

13) *L.* 15. *D. de div. tempor. praescript.* (XLIV. 3.)

14) *Jac.* Cujacius ad L. 5. D. h. t. *Jo. Conr.* Rücker Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure. (*Lugd. Bat.* 1749.) Cap. II. §. 1. et Cap. V. §. 12. u. and. Man sehe dagegen den 2. Th. dieses Commentars §. 130. Not. 61. S. 220.

15) *Henr. Theod.* Pagenstecher Diss. A qua aetate quis testamentum facere possit? ad L. 5. D. h. t. adj.

dings singulären Satz durch folgendes Beyspiel. Es ist Jemand am 1sten Januar geboren. Nun kann er, sobald er 14 Jahre alt ist, und zwar schon an seinem Geburtstage gültig testiren, er mag an diesem Tage geboren seyn, in welcher Stunde er will. Denn auf die Geburtsstunde wird nach der Civilzeitberechnung keine Rücksicht genommen, weil der Tag, sobald er begonnen, auch schon als vollendet angesehen wird. Er hat aber nun schon sein 15tes Lebensjahr angetreten, und also das 14te überschritten. Dieß ist aber nicht nöthig, er braucht es nur vollendet zu haben, dieses 14te Lebensjahr ist nun erfüllt, schon am 31. December, gleich mit dem Anfange desselben, sobald es in der Nacht vom 30. auf den 31. December zwölf Uhr schlägt. So ist unstreitig Ulpian zu verstehen, wenn er sagt: **Plus arbitror, etiam si** *pridie Calendarum* **fecerit** *post sextam horam noctis* [16]) **valere testamentum: iam**

Eius *Commentar. ad Pomponium de re testamentar.* pag. 158—165. *Ulr.* Huber Praelect. ad Instit. Tit. Quib. non est perm. fac. test. §. 3. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XV. not. f. et g. pag. 173. Erb über den annus civilis, in Hugo civilist. Magazin 5. Bd. Nr. VIII. S. 237—245. Schweppe röm. Berechnung, im angef. jurist. Magazin. 1. B. S. 127—130. Fetzers Versuche. Heilbron 1802. Nr. I. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 797. S. 216. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. Th. 1. Buch §. 113. Hufeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1083.

16) Man vergleiche hier *Ant.* Augustini Emendation. Lib. IV. cap. 13. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1544. sq.) und den 3. Th. dieses Commentars. §. 269. e. S. 584. f. Die *hora sexta noctis* ist zwar

enim complesse videtur *annum quartum decimum.* Wollte man die Zeit *post sextam horam noctis* von dem Anfange des ersten Januars verstehen; so würde man ja dem pridie Calendarum eine ganz unrichtige, dem röm. Sprachgebrauche offenbar zuwiderlaufende, Bedeutung unterschieben. Denn *pridie* heißt immer der vorhergehende Calendertag, also *pridie Calendarum Januarii* kann kein anderer seyn, als der 31. December [17]). Die Zeit *post sextam horam* noctis ist demnach schon der Anfang des 31. Decembers, also die zurückgelegte sechste Mitternachtsstunde, welche den 30. December von dem 31. scheidet. Hiermit stimmt nun aber freylich die Erklärung derjenigen [18]) nicht überein,

unsere zwölfte Stunde in der Nacht, aber sie entspricht nicht unserm Ausdruck 12 Uhr, sondern sie bezeichnet den Zeitraum der ganzen Stunde zwischen 11 und 12 Uhr. Sie ist also die letzte Stunde des Calendertages, nicht die erste. Sie fängt den Tag nicht an, sondern beschließt ihn. Die erste Stunde des Tages ist vielmehr die *hora septima noctis*, welche eintritt post horam sextam noctis, und noch dem vorhergehenden Calendertage angehört, also hier dem 30. December, und den Tag beschließt. S. Erb in Hugo's civil. Magazine 5. B. S. 193. ff.

17) S. Cicero *ad Attic. Lib. VI. Epist.* 1. *ad Familiar. Lib. V. Ep.* 2. Quinctilian. *Instit. Orator. Lib. VI. Cap.* 1. wo überall *pridie Calendarum Januarii* für den 31. December genommen wird. Daß das *pridie* gar keine andere Bedeutung habe, zeigt Scheller in seinem Lexic. h. v. selbst mit Anführung unserer *L.* 5. Man vergl. auch Gesner nov. Lat. Ling. Thes. Tom. III. pag. 1059. h. v.

18) *Jos. Fern. de* Retes Miscellan. Lib. I. cap. 22. nr. 31. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 78.) Gmelin über

welche unserm Ulpian die Frage unterlegen: Ob der, welcher ein Testament machen will, das 14. Lebensjahr wirklich, das heißt, nach der natürlichen Zeitberechnung, zurückgelegt, und bereits das 15. angetreten haben müsse, oder ob es hinreichend sey, wenn er nur den letzten Tag im 14ten Jahre angetreten hat, wo nach der Fiction der Civilberechnung das Jahr schon für vollendet angenommen wird? Ulpian, sagt man, habe nun diese Frage zuerst in Hinsicht auf den Geburtstag, der als natürlicher Tag mit dem Aufgang der Sonne nach der sechsten Stunde beginnt, und mit dem Niedergang der Sonne, d. h. mit der sechsten Abendsstunde sich endiget, zur Erörterung gebracht. Der Rechtsgelehrte entscheide ohne einigen Unterschied für die Gültigkeit des Testaments, auch wenn es noch mehrere Stunden vor der Stunde der Geburt errichtet worden wäre. Aber dabey bleibe er noch nicht stehen, er gehe noch weiter rückwärts. *Plus arbitror* etc. Die erste Periode für die Erörterung war der Geburtstag (dies natalis), also der natürliche Tag. Aber der bürgerliche Tag fing schon nach der sechsten Mitternachtsstunde an, und endigte sich erst mit der darauf folgenden Mitternachtsstunde. Indem nun der bürgerliche Tag durch das ununterbrochene Herkommen (more recepto) für die Bestimmung der mancherley Rechtsverhältnisse bey vorfallenden Handlungen des Lebens angenommen war, so unter-

Zeit und Zeitberechnung nach röm. Rechtsprincipien. §. 17. (in dem critischen Archiv der neuesten jurid. Literatur und Rechtspflege in Teutschland. 1. Band. (Tübingen 1801.) S. 607. ff.) und Unterholzner ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. 1. Bd. (Leipzig 1828.) §. 90. S. 305. ff.

lege er, statt des Geburtstages, den bürgerlichen Tag in seiner Beantwortung, und erkläre schon das Testament für gültig, das nicht erst am Geburtstage, nach der sechsten Stunde des Morgens, auch vor der Geburtsstunde, sondern das früher noch, nach der sechsten Mitternachtsstunde vom vorhergehenden Tage gemacht würde."

Nach dieser Erklärung würde also das **pridie Calendarum** noch zum ersten Januar gehören, und die Zeit **post primam horam noctis** der Anfang desselben Tages seyn, welcher sich nach der römischen Zeitberechnung mit der Mitternachtsstunde des folgenden Tages endiget. Ulpian hätte also denselben Tag, den 1sten Januar, in den **dies naturalis** und **civilis** eingetheilt[19]). Der natürliche Tag, welcher von Sonnenaufgang bis zum Sonnenuntergang berechnet wird, sey der Geburtstag. Werde das Testament an diesem Tage gemacht, wenn gleich noch vor der Geburtsstunde, so sey es gültig. Der bürgerliche Tag, welcher von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wird, sey das *pridie Calendarum Januarii*. **Idem ergo est dicere, post sextam horam noctis penultimi diei,** sagt Retes, **ac dicere in prima hora ultimi diei.** Allein daß hier Ulpian an die natürliche Zeitberechnung gedacht haben sollte, widerstreitet dem ganzen Zusammenhange, und römischen Sprachgebrauche. Ulpian nennt ja die **Calendae Januariae** den Geburtstag, und bezeichnet diesen

19) Daß die Tage wirklich bey den Römern so eingetheilt wurden, lehrt Censorinus de die natali. Cap. XXIII. S. auch *Jo.* Goeddaei Commentar. rep. praelect. in tit. XVI. Libri L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 2. §. 1. h. t. pag. 65. sqq. (*Sigenae Nassovior.* 1597. 8.)

Tag als hinreichend, an welchem das Testament gültig errichtet werden könne; wie kann er also unter dem Geburtstage nur die Zeit von Sonnenaufgange bis zum Sonnenuntergange verstanden haben? Daß die Römer ihre Geburtstäge feyerlich mit jedem wiederkehrenden Jahre durch Glückwünsche, Libationen, Geschenke, Gastmähler beym anbrechenden Tage begingen [20]), beweißt ja noch nicht, daß dieses Gepräge froher und festlicher Handlungen den Geburtstag zu einem natürlichen Tage qualificirt habe, den die aufgehende Sonne herbeyführte, und die untergehende Sonne endigte; was die Römer mit dem Worte lux, die Tagezeit, bezeichneten. Daß aber der Geburtstag so gut, wie jeder andere Tag, ein dies civilis gewesen, der von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wurde, sagt Censorinus [21]) ausdrücklich: **Ceterum Romani a media nocte ad mediam noctem diem esse existimaverunt. —— Idem significat**, *quod qui a media nocte ad proximam mediam noctem, in his horis quatuor et viginti nascuntur, eundem* DIEM *habent* NATALEM. Eben dieses hatte auch, nach dem Bericht des Gellius [22]), schon längst *M.* VARRO *in libro rerum humanarum,* quem *de diebus* scripsit, gelehrt, wo er sagt: *Homines, qui ex media nocte ad proximam mediam noctem in his horis XXIV. nati sunt,* UNA DIE NATI DICUNTUR, welche Stelle man auch bey Macrobius [23]) findet. Gesetzt aber auch die Römer hätten

20) S. Gmelin angef. Abhdl. §. 9. S. 591. ff.

21) *De die natali. Cap. XXIII.* pag. 140. (edit. LINDENBROG. *Cantabrigiae* 1695. 8.)

22) *Noct. Atticar. Lib. III. Cap.* 2.

23) *Saturnal.* Lib. I. Cap. 3.

den Geburtstag für einen natürlichen Tag gerechnet, den die aufgehende Sonne herbeyführte, und die untergehende Sonne endigte, und das Vorrücken desselben bestehe also in dem Zeitraume vor dem Sonnenaufgange, mit welchem der Geburtstag anfängt, wenn dieß nur in den sechs Nachtstunden geschahe, welche dem Anbruche des Geburtstages vorangehen; so würde wohl noch erst billig der Beweis darüber gefordert werden können, ob dieses auch hier der Sinn von **pridie Calendarum** sey, nämlich daß darunter der Anfang des ersten Januars zu verstehen sey, mithin schon genüge, wenn man die Mitternacht vom **31.** December auf den **1.** Januar erreicht habe. In diesem Sinne hat wenigstens kein einziger der röm. Classiker den Ausdruck **pridie Calendarum** genommen, und eben so wenig unser Ulpian. Denn da die **Calendae Januariae** der Geburtstag selbst sind; so würde man ja dem Sprachgebrauche Gewalt anthun, wenn man den Anfang des ersten Januars noch dem **pridie Calendarum** beylegen wollte, weil davon schon vorhin die Rede gewesen war. Es kann also, wie auch aus einer ähnlichen Stelle[24]) Ulpians zu ersehen ist, das *pridie Calendarum post sextam horam noctis* nichts anders, als den Anfang des **31.** Decembers, mithin die zurückgelegte Mitternachtsstunde, in der Nacht vom **30.** auf den **31.** December, bezeichnen. Dieses Vorrücken der Testamentsmündigkeit ist freylich singulär, und Ulpian wich hier wohl von der bisherigen gemeinen Lehre ab, wenn er ein schon am **31.** December gemachtes Testament für gültig erklärte. Allein er läugnet es ja selbst nicht, sondern sagt es mit den

24) Man sehe die *L.* 1. *D. de Manumiss.* (XL. 1.) welche auch aus Ulpiani *libro VI. ad Sabinum* genommen ist.

Worten: **Plus arbitror** [25]), deutlich genug, daß er bey der von ihm erörterten Frage weiter gehe, und etwas Neues behaupte, weshalb er sich auch auf Marcians, seines Zeitgenossen, Auctorität beruft. Daß aber diese neue Lehre bey den meisten Juristen Beyfall gefunden haben müsse, zeigt das Wort **Placuit**, welches Ulpian in der *L.* 1. *D. de manumiss.* gebraucht hat. Das Resultat derselben geht also dahin, daß das **complere** nicht bloß nach der bisherigen gemeinen Lehre der Juristen auf den **diem natalem** zu beschränken, so daß also nur ein *ipso natali die*, **quarto decimo anno**, vor dem wirklichen Eintritt der Geburtsstunde, mithin in dem Falle, den Ulpian hier zur Erläuterung vorträgt, am 1. Januar, gemachtes Testament für gültig zu achten sey, sondern daß das **complere**, wie auch Marcian behauptet hatte, **pridie Calendarum** eintrete, und also sogar ein schon Tages vorher, nämlich am 31. December, errichtetes Testament gültig sey [26]).

Da Ulpian in unserer Gesetzstelle bloß von der Berechnung der Testamentsmündigkeit bey Mannspersonen handelt, so entsteht die Frage, ob bey den Frauenspersonen etwa die Testamentsmündigkeit nach einer

25) So drückt sich Ulpian gewöhnlich aus, wenn er von der gemeinen Meinung abging. S. *L.* 24. §. 7. *D. Soluto matrim. L.* 1. §. 22. *D. de collat. bon. L.* 11. §. 13. *D. Mandati. L.* 10. *D. de procurat. L.* 5. §. 1. *D. de agnosc. et alend. liber. L.* 1. §. 8. *D. de inspic. ventre.*

26) Vergl. noch Kochs Bestätigung der Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren ꝛc. Giessen 1798. 8. und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 62. Not. 8. S. 99. sowie besonders D. Fried. Reinfelder der **annus civilis** des röm. Rechts, Stuttgart 1829. 8. S. 32—59. Die übrigen Schriften sind schon Th. 2. §. 130. S. 61. angeführt.

andern Zeitcomputation zu bestimmen sey? Schultes[27]) glaubt, daß man bey diesen die natürliche Zeitzählung beybehalten habe. Allein der Unterschied des Geschlechts hat auf die Zeitcomputation keinen Einfluß. Daß Ulpian das Beyspiel gerade auf das männliche Geschlecht gestellt hat, beweist wenigstens nicht, daß es bey dem weiblichen anders gehalten werden solle. Er wählte dieses Beyspiel, weil es interessanter war, denn gerade beym männlichen Geschlecht war der Eintritt der Pubertät streitig gewesen. Sollte bey den Frauenspersonen eine andere Zeitcomputation Statt finden, so hätte es Ulpian hier gewiß gesagt, wo er so bestimmt die eingetretene Periode der Mündigkeit, also nothwendige Bedingung für die Testamentserrichtung, nach allen dabey nur denkbaren Verhältnissen festsetzt. Auch Paulus[28]) macht keinen Unterschied zwischen Manns- und Frauenspersonen. Bey beyden braucht er den Ausdruck **post annum** — *completum*, und hier erklärt Ulpian, wie das *complere* zu verstehen sey. Die bürgerliche Zeitrechnung von Calendertag zu Calendertag, welche Ulpian hierbey zum Grunde legt, machte bey den Römern ohnehin die Regel aus[29]), die natürliche Computation ist Ausnahme von der Regel. Sie kann also nicht angenommen werden, wo sie nicht vorgeschrieben ist. Daß endlich dem weiblichen Geschlechte das Recht zu testiren

27) Bemerkungen über die Mündigkeit zum Testiren nach röm. Rechte. (Jena 1800. 8.) §. 77. und 78. S. 72. f.

28) *Sentent. recept.* Lib. III. Tit. 4. A. §. 1.

29) S. den 3. Th. des Commentars §. 269. a. S. 585. und Schweppe angef. Abh. §. 4. Im jurist. Magazin 1. Bd. S. 123. f.

später ist eingeräumt worden, entscheidet nichts. Man hat daher mit Recht jene Meinung verworfen [30]).

Es war ehemals die Frage, wie bey zeugungsunfähigen Individuen, bei Spadonen, und Kastraten, die Testamentsmündigkeit zu bestimmen sey? Hier waren die Sabinianer und Proculianer einverstanden, daß bey diesen die Mündigkeit nur nach den Jahren bestimmt werden könne. Eine andere Auskunft ließ sich hier nicht treffen, und doch konnte man die Festsetzung eines bestimmten Termins zum Behuf der Testamentifaction nicht umgehen. Man nahm daher bey ihnen ein Alter von 18 Jahren, als den Termin der vollen Pubertät [31]), an. So belehrt uns Paulus [32]):

Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est, *anno decimo octavo* [33]).

Allein der Kaiser Constantius hat sie in einer Constitution an den Präfectus Prätorio Rufinus vom Jahre 352 den zeugungsfähigen also den übrigen Mündigen gleichgesetzt, so daß sie folglich schon im 14. Jahre testiren können [34]). Es ist *L.* 5. *C. Qui testam. fac. poss.* welche so lautet:

30) S. Gmelin a. a O. S. 609. Not. a.

31) §. 4. *J. de adoption.* (I. 11.)

32) *Sentent. Receptar.* Lib. III. Tit. IV. A. §. 2. S. Dirksen Beyträge zur Kunde des R. R. 1. Abh. S. 55.

33) Die Aechtheit dieser Worte hat gegen die Zweifel des Petitus Observation. Lib. XI. cap. 7. ganz klar bewiesen *Ant.* Schulting in Jurispr. vet. Antejust. ad h. loc. Pauli not. 5. pag. 339.

34) S. *Henr.* Salmuth in Commentar. ad *Guid.* Pancirolli

Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates, conscribere codicillos salva testamentorum observantia. Dat. V. Kal. Mart. ***Sirmii*** **CONSTANTIO A. V. et CONSTANTE C. Conss.**

§. 1405.

Freyheit des Willens. Irrthum, Betrug, Zwang, Zudringlichkeit bei letzten Willensverordnungen.

Zur Errichtung eines Testaments wird nun auf Seiten des Testirers vorzüglich Freyheit des Willens erfordert. **Nihil est enim**, sagt Kr. Constantin in einem seiner Edicte[35]), **quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis liber sit stylus.** Was also die Freyheit des Willens hindert, steht auch der Gültigkeit des Testaments entgegen. Ist daher ein Testament durch Betrug, oder Irrthum, oder Zwang hervorgebracht worden, so ist es in der Regel nichtig[36]). Denn hier fehlt es an einer ***voluntatis nostrae*** **iusta sententia**, es ist also so gut, als ob gar kein Testament wäre gemacht worden. Doch ist das Testament nicht

Rer. Memorabil. sive deperditar. Lib. II. Tit. 10. p. 194. (*Francof.* 1660. 4.) und *Ant.* SCHULTING c. l. not. 2.

35) *L.* 1. *C. de SS. Eccles.* (I. 2.)

36) *L.* 1. *C. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.* (VI. 34.) *L.* 20. §. *ult. D. h. t.* *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 6. Westphal von Testamenten §. 30. Gans Erbrecht 2. B. Kap. 2. S. 161. f. von Hartitzsch Erbrecht. §. 15. und §. 412. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 454. S. 194. der 3. Aufl.

immer nichtig, es sind daher die einzelnen Fälle näher zu erörtern. Soviel

1) den **Irrthum** betrifft, so ist nicht jeder Irrthum der Gültigkeit des Testaments schädlich[37]). Der Irrthum kann sich nämlich auf mancherley Art äußern. Er kann a) die **Person des Erben** betreffen. Ein solcher Irrthum, sofern er bloß in dem Namen[38]) oder in der Beschreibung liegt, schadet an sich der Gültigkeit des Testaments nicht[39]), wenn nicht daraus ein unauflösli-

37) S. *Hug*. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. VI. cap. 21. §. 11—16. (Vol. III. pag. 470. sqq.) et Lib. VIII. Cap. 4. (Vol. IV. pag. 353. edit. noviss. *Norimb.* 1808. 8.) *Scip*. Gentilis Tr. de erroribus testamentorum a testatoribus ipsis commissis. (*Argentorati* 1669. 8.) und von **Wening-Ingenheim** a. a. O. S. 193. f.

38) *L.* 4. *C. de testament.* (VI. 23.) Imp. Gordianus. Si in nomine vel praenomine, seu cognomine, seu agnomine, testator erraverit, nec tamen, de quo senserit, incertum sit, error huiusmodi nihil officit veritati. **Justinian** §. 29. *J. de legat.* (II. 20.) giebt den Grund an: Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. S. Gentilis Cap. 1. und *Franc. Car.* Conradi Diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis vel legatarii commissum. *Helmstadii* 1736. 4. §. X—XIII. Eben so wenig schadet es, wenn sich der Testator selbst aus Versehen einen falschen Namen gegeben hätte, wenn man nur weiß, wer es ist? *L. ult. C. de heredib. instit.* (VI. 24.) S. Gentilis cit. Tr. Cap. 3.

39) *L.* 33. *pr. D. de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.) Marcianus *libro VI. Institutionum.* Falsa demonstratio neque legatario, neque fideicommissario nocet, ne-

cher Zweifel entsteht, wen der Testator gemeint hat[40]). Aber der **error in corpore hominis**, wie sich Ulpian[41]) ausdrückt, d. h. wenn ein unrechter Erbe ernannt worden ist, macht immer das Testament ungültig, z. B. der Testator wollte den **A.** zum Erben einsetzen, und nannte aus Versehen den **B.** Hier bekommt keiner die Erbschaft. Denn den **B.** wollte er nicht einsetzen, und den **A.** hat er nicht eingesetzt. Eben so ist es, wenn der Testator denjenigen, welchen er zum Erben einsetzte, aus Irrthum für seinen Verwandten hielt[42]), den er sonst nicht ein-

que heredi instituto, veluti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem, vel quodlibet aliud: et hoc ita iuris civilis ratione, et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est. S. Donellus Lib. VI. cap. 21. §. 15.

40) *L.* 62. §. 1. *D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.) aus Modestinus *libro II. Pandectarum.* S. Conradi Diss. cit. §. XXVI—XXX.

41) *L.* 9. *pr. D. eodem.* Ulpianus *libro V. ad Sabinum.* Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, *in corpore hominis errans*, veluti frater meus, patronus meus, placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est. S. Donellus Lib. VI. Cap. 21. §. 12.

42) *L.* 4. *C. de heredib. instit.* (VI. 24.) Imp. Gordianus A. *Ulpio.* Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus, suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensus est: auferendam ei successionem, divorum Severi et Antonini placitis continetur. Es versteht sich, daß die Worte auferendam ei successionem hier keinesweges soviel sagen, als ob der Fiscus

gesetzt haben würde[43]). Der Irrthum kann b) auch die Beweggründe betreffen. Ein solcher Irrthum macht bey Testamenten immer eine Ungültigkeit, wenn ohne denselben die Disposition unterblieben wäre[44]). Die Erbschaft fällt hier an diejenigen, welche Erben geworden wären, wenn keine andere Erben wären eingesetzt worden. Jedoch müssen die im Testament angeordneten Vermächtnisse bezahlt werden, denn nur die Erbeinsetzung, nicht aber die Legata gründeten sich auf einen Irrthum[45]). Folgende Gesetzstellen werden dieses bestätigen.

L. 14. §. 2. *D. de liberis et postum.* (XXVIII. 2.) Africanus *libro IV. Quaestionum.* Si quis ita scripserit: *ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto;* hanc exheredationem ita nullius mo-

die Erbschaft einziehen könne, sondern die Erbschaft muß denen herausgegeben werden, an welche sie ohne Testament gefallen seyn würde. S. *L.* 5. *C. de testament.* (VI. 23.) und Donellus Lib. VI. Cap. 21. §. 14.

43) Ein Anders ist, wenn der Testator den Erben wissentlich seinen Bruder genennt hätte, der es doch nicht ist, bloß weil er ihn wie seinen Bruder liebte. *L.* 58. §. 1. *D. de heredib. instit.* (XXVIII. 5.) Quinctilian *Declamat. CCLXXI.* S. Donellus c. l. §. 15. *Rad.* Fornerius Rer. Quotidian. Lib. V. cap. 27. (in *Th. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 278.) und Gentilis Cap. I. pag. 7. sq.

44) S. Schweppe röm. Privatrecht. §. 789. Hufeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. Bd. §. 1087. von Wening-Ingenheim Lehrbuch 2. Bd. V. Buch. §. 454. S. 193. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 412.

45) S. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. XX. Err. 9. und Westphal von Testamenten. §. 29. S. 20.

menti esse ait, si probetur ex eo natus: non enim videri quasi filium exheredatum esse, cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset, et adiecisset propter eam causam exheredare: probaturque patrem circa causam exheredationis errasse[46]).

L. 28. D. de inoff. testam. PAULUS *libro singulari de septemvirabilibus iudiciis.* Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset, *Divus* HADRIANUS decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum[47]), quod de libertatibus et legatis adiicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet[48]).

L. 92. D. de heredib. instit. PAULUS *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex primo, seu Decretorum libro secundo*[49]).

46) Die Lesart ist hier verschieden. Haloander liest so: quandoquidem elogium pater, cum filium exheredare proposuisset, adiecerit, propter quam eum causam exheredaret: probeturque etc. Ihm ist BECK in seiner Ausgabe des Corp. iur. civ. gefolgt. BAUDOZA liest hingegen: cum elogium paternum filium exheredare proposuisset, et adiecisset, eum propter eam causam exheredare, quia probatur, patrem etc. *Elogium* ist soviel als causa exheredationis, und wird hier pro convitio genommen. S. *Jac.* CUJACIUS ad African. Tract. IV. ad h. L. und BRISSONIUS de Verb. Sign. voc. *Elogium*.

47) Die Glosse liest adnotandum. Eben so Baudoza.

48) Man vergleiche hier den 7. Theil des Commentars. §. 551. Not. 98. S. 317. f.

49) Es erhellet aus dieser Inscription, daß die *Imperiales Sententiae*, und die *libri Decretorum* des Paulus nicht

PACTUMEIUS ANDROSTHENES *Pactumeiam Magnam*, filiam *Pactumeii Magni* ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. PACTUMEIO MAGNO occiso [50]), et rumore perlato, quasi filia quo-

ein und dasselbe Buch, sondern zwey verschiedene Werke gewesen sind, wie besonders Bluhme über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten §. 12. Not. 30. f. (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Band IV. S. 313. f.) gegen Cujaz Observat. II. 26. gezeigt hat.

50) Der Kaiser Commodus, wie sein Biograph LAMPRIDIUS Cap. 7. erzählt, hatte nämlich diesen Pactumejus Magnus noch mit 6 andern Consularen hinrichten lassen. Aus Furcht vor dem Tyrannen hielt sich seine Tochter versteckt, und kam erst unter dem Kaiser Severus wieder zum Vorschein. Pactumejus Androsthenes, vielleicht ihr Oheim, hatte sie in seinem Testament zur Universalerbin eingesetzt, und ihr ihren Vater substituirt. Da sie nichts von sich hören ließ, so glaubte der Testator, sie wäre auch todt, änderte sein Testament, und setzte den Novius Rufus zum Erben ein. Dieß ist der eigentliche Name dieses Erben, wie aus SPARTIANUS *in Severo* Cap. 13. erhellet, nicht *Nonius*, wie einige Ausgaben z. B. Stephanus und Baudoza lesen. Die Pactumeja Magna focht das Testament an, und supplicirte vermuthlich gegen die Sentenz des Praefecti praetorio, weil gegen eine solche Sentenz kein anderes Rechtsmittel Statt hatte, (*L.* 1. *C. de sententiis Praefector. Praet.* VII. 42.) an die Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla, (Imperatores nostros) und erwirkte das hier angegebene günstige Decret. Man vergleiche zur Geschichte dieses Gesetzes *Guil.* PANCIROLI Thes. variar. Lection. utriusq. iuris. (*Lugduni* 1617. 4.) Lib. II. Cap. 62. pag. 243. besonders *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 23. und ZEPERNICK Diatr. de iudicatis centum-

que eius mortua, mutavit testamentum, NOVIUMQUE RUFUM heredem instituit, hac praefatione: *quia heredes, quos volui habere mihi, continere non potui*, NOFIUS RUFUS *heres esto*. PACTUMEIA MAGNA supplicavit Imperatores nostros, et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit Imperator ei subveniendum: igitur pronuntiavit, hereditatem ad MAGNAM pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.

Soviel hiernächst

2) die Wirkung des Zwangs und Betrugs bei Testamenten anlangt; so sind hierüber die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Ein Theil [51]) behauptet, Zwang und Betrug bewirke nach dem röm. Recht keine Nichtigkeit des letzten Willens, sondern der Fiscus entziehe dem Erben, als einem Unwürdigen, die

viral. adj. SICCAMA libro de iudicio centumvir. a Se edito pag. 366.

51) *Jac.* CUJACIUS Paratitl. ad Tit. Cod. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. (VI. 34.) *Franc.* DUARENUS Comm. in Tit. eund. Pand. Cap. 3. (*Oper.* pag. 476. sq.) *Guil.* MARANUS Paratitl. ad eundem tit. Digestor. XXIX. 6. *Jo. Jac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIX. Th. 11. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 1. *Bern. Henr.* REINOLDUS Varior. Cap. VIII. (in *Opusc.* a JUGLERO edit. pag. 86.) Schweppe röm. Privatrecht. §. 789. Just. Claproth Abh. von Testamenten und Codicillen §. 56. Nr. 3. S. 223.

Vortheile der unerlaubten Handlung. Sie berufen sich auf die Verordnung des Kaisers Alexander, nämlich *L. 1. C. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* (VI. 34.) welche des Inhalts ist:

Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluerit, scripsit heredes.

Man glaubt ferner von dem Falle, da Jemand den Erblasser gehindert hat, ein Testament zu machen, in welchem nach einer Verordnung des Divus Hadrianus die Erbschaft vom Fiscus eingezogen werden kann [52]), auf den andern, da ihn Jemand durch Zwang oder Betrug zur Errichtung eines Testaments vermocht hat, darum mit Grund schließen zu können, weil in der Rubrik des Titels *si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit*, sowohl in den Pandecten als im Codex, beyde Fälle ausdrücklich mit einander verbunden werden. Allein diese Meinung läßt sich aus den angeführten Gründen nicht rechtfertigen. Denn Erstens sagt die angeführte Verordnung des Kaisers Alexander kein Wort davon, daß die Erbschaft an den Fiscus verfallen solle. Der gegen den Testator verübte Zwang ist allerdings ein crimen, welches die lex Julia oder Cornelia ahndet, und es ist billig, daß dem in dem erzwungenen Testament eingesetzten Erben, als einem Unwürdigen, die Erbschaft entrissen werde, welche er auf eine so widerrechtliche Art an sich zu bringen gesucht hat. Allein deswegen hat der Fiscus kein Recht, dieselbe einzuziehen. Die Strafe würde ja sonst die unschuldigen Erben tref-

52) *L. 1. D. Si quis aliquem test. prohib.* (XXIX. 6.)

sen, denen die Erbschaft durch das erzwungene Testament hat entrissen werden wollen. Wer kann diesen zumuthen eine vielleicht vergebliche, und noch dazu so gehäßige und beschränkte Klage, wie die **actio de dolo** ist, welche man ihnen gestatten will, oder eine so unsichere Klage, als die **actio in factum** ist, auf das Interesse, dessen Beweis ohnehin mit so viel Schwierigkeiten verbunden ist, wider denjenigen anzustellen, der sie durch Betrug oder Zwang gegen den Erblasser um die ihnen mit Recht gehörige Erbschaft gebracht hat? Wozu eine Interessenklage, wo die Forderung selbst noch Statt finden kann? Es folgt hiernächst Zweytens gar nicht nothwendig, daß wenn die Erbschaft dem Erben, als einem Unwürdigen, entrissen wird, der Fiscus eintreten müsse. Ein Anders lehrt selbst Justinian in der besonders hier entscheidenden *L. un.* **§. 12.** *Cod. de caducis tollendis* **(VI. 51.)** wenn er daselbst sagt:

Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, *quae ut indignis auferuntur*, **et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum, sive** *in alias personas* **perveniant.**

Diese *aliae personae* sind offenbar keine andern, als diejenigen, welche die Erbschaft bekommen haben würden, wenn der Erblasser nicht durch Betrug oder Zwang zur Errichtung eines Testaments wäre veranlaßt worden. Dann ist auch Drittens der Schluß, weil der Fiscus die Erbschaft einzieht, wenn Jemand den Erblasser verhindert hat, ein Testament zu machen, oder zu ändern, so müsse er auch dieses Recht haben, wenn Jemand denselben zur Errichtung eines Testaments gezwungen hat, ganz unrichtig. Denn eines Theils

sagen es die Gesetze selbst, es solle, wo es bona ereptitia gilt, keine ausdehnende Erklärung Statt finden, und man begehe kein Verbrechen, wenn man geradezu gegen den Fiscus spricht. Non puto delinquere eum, sagt Modestinus *libro singulari de praescriptionibus* [53]), qui in dubiis quaestionibus *contra fiscum* facile responderit; andern Theils ist aber auch der Fall, wo die Gesetze dem Fiscus die Erbschaft zusprechen, von dem unsrigen ganz verschieden. Denn in jenem Falle, da der Erblassrr an der Errichtung eines Testaments gehindert worden ist, weiß man ja nicht, wen der Testator hat zum Erben einsetzen wollen, denn wollte der Erblasser ein Testament machen, so sollte entweder die Intestaterbfolge nicht eintreten, oder das vorige Testament sollte nicht mehr gelten. Es ist also nun völlig ungewiß, wer eigentlich sein Erbe hat werden sollen; daher machen hier die Gesetze den Fiscus zum Erben. Hatte aber der Erblasser gar nicht die Absicht, ein Testament zu machen, so wollte er, daß es entweder bey der gesetzlichen Erbfolge, oder bey dem schon errichteten Testamente verbleiben solle; und den rechtmäßigen, nach dem Willen des Erblassers berufenen, Erben sollte der Fiscus auch die Erbschaft entreißen dürfen? Welche offenbare Ungerechtigkeit! Aus diesen Gründen ist daher jene Meinung schon längst verworfen worden [54]).

53) *L.* 10. *D. de iure fisci.* (XLIX. 12.)

54) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 10. §. 5. *Christ. Henr. Gottl.* Koechy Commentat. de testamento vi metuve extorto. *Lipsiae* 1800. 4. §. 7. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 9. Bd. Medit. 459.

Andere[55]) hingegen halten das gegen den Willen des Erblassers durch Zwang oder Betrug hervorgebrachte Testament für **ipso iure** und durchaus nichtig, die Erbschaft könne daher der Fiscus nicht einziehen, sondern sie falle an die Intestaterben, oder an den in einem vorhandenen gültigen Testamente eingesetzten Erben. Noch andere[56]) halten nur die Erbeinsetzung für nichtig, hätte aber der Erblasser dem erzwungenen Testamente noch freywillig Legate beygefügt, so seyen diese an sich nicht ungültig, **quia utile per inutile vitiari non debet.** Von allen diesen weicht Anton Faber[57]) ab, welcher einen Unterschied macht, ob der Betrug oder Zwang bey der Testamentshandlung selbst vorgegangen ist, oder vor der

55) *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2. *Jo. Ad.* Kurrer Diss. de testamento coacto. *Tubingae* 1682. 4. Th. XXIX. sqq. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. Tom. II. Tit. Si quis aliquem testari prohib. vel coeg. Qu. I. et II. *Jo. Ortw.* Westenberg Princ. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 6. *Jo. Gottl.* Heineccius Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. ibid. P. V. §. 114. Ernst Christ. Westphal von Testamenten. §. 30. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 18. *Jo. Ern. Just.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum.* Tom. IV. Obs. 578. nr. II. pag. 76. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. IV. Buch §. 454. S. 192. u. a.

56) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. V. Def. 9. et 17. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 7. 8. et 11. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 9.

57) *Ant.* Faber de Erroribus Pragmaticor. Decad. XXXVIII. Err. 3. 4. et 5.

Errichtung des Testaments. In jenem Falle sey das Testament ipso iure, und also ganz ungültig, nicht aber im letzten Falle, hier werde ihm die Erbschaft, als einem Unwürdigen, vom Fiscus entrissen, und dieser müsse denn auch die Legate prästiren. Uebrigens finde gegen den Fiscus keine Regreßklage Statt, wenn etwa die gesetzlichen Erben, die durch das erzwungene Testament um die ihnen gebührende Erbschaft wären gebracht worden, von demjenigen, welcher den Erblasser durch seine unerlaubte Handlung zur Testamentserrichtung vermochte, keine Entschädigung erhalten hätten. Allein der Ungrund dieser Meinung ist schon von Andern [58]) hinlänglich dargethan worden. Die richtigere Meinung ist unstreitig, wenn man folgende Fälle unterscheidet.

1) Es ist durch Betrug oder Zwang nur ein Theil des Testaments veranlaßt worden. Hier ist nicht das ganze Testament nichtig, sondern nur der Theil desselben, der durch Betrug oder Zwang hervorgebracht worden ist, wird für nicht geschrieben gehalten, alles Uebrige bleibt gültig [59]).

L. 2. §. 7. D. de bonor. possess. sec. tabulas. (XXXVII. 11.) Ulpianus *libro XLI. ad Edictum.* **Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur, bonorum possessionem petere eum non posse, quemadmodum non potest, qui heres**

58) S. Kurrer Diss. cit. de testamento coacto. Th. 31. et 32. Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 78. und Westphal von Testamenten §. 30.

59) S. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1617. (edit. *secund. Tübingae* 1801.) u. Koechy Commentat. cit. §. 9.

scriptus est non consulto testatore: ***nam pro non scripto est, quem scribi noluit*** [60]).

Ob der Betrug oder Zwang von dem eingesetzten Erben selbst, oder von einem Dritten, mit oder ohne Wissen des Honorirten, geschehen ist, macht keinen Unterschied.

2) Das ganze Testament ist durch Betrug oder Zwang veranlaßt worden, hier ist das ganze Testament nichtig, sofern sich der ganze Inhalt desselben in unerlaubtem Zwange oder listiger Ueberredung gründet, und die Erbschaft fällt an die Intestaterben.

3) Hat von mehreren Intestaterben Einer, oder haben mehrere den Erblasser durch List oder Zwang vermocht, sie allein zu Erben einzusetzen; so behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrten [61]), daß der Antheil der Erbschaft, den sie **ab intestato** erhalten haben würden, ihnen, als Unwürdigen, vom Fiscus entrissen werde. Eben dieses sey auch der Fall, wenn der in dem ersten Testament ernannte Erbe den Testator genöthiget hätte, ein anderes Testament zu machen, um einen größeren Erbtheil zu gewinnen. Hier ziehe der Fiscus den im ersten Testament dem Unwürdigen hinterlassenen Erbtheil ein. Allein beyde Meinungen sind ungegründet. Es ist kein

60) Man vergleiche noch ***L. 1. D. de his, quae pro non scriptis habentur.*** **(XXXIV 8.) S. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 10. §. 5.**

61) ***J. H.*** **Boehmer Introd. in ius Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2.** ***Mich. God.*** **Wernher lectiss. Commentation. in Pand. eod. lib. et tit. §. 2. Hofacker c. l. Malblanc Princip. iuris Rom. P. III. §. 689. Koechy Comment. cit. §. 9. pag. 27.**

einziges Gesetz aufzuweisen, welches den Fiscus hierin begünstiget. Die Gesetze[62]), aus denen man argumentirt, gehören offenbar nicht hierher, sie reden bloß von dem Falle, wenn Jemand den Erblasser an der Errichtung oder Aenderung seines Testaments verhindert hat, welcher von dem Falle, da der Erblasser zur Errichtung eines Testaments wider seinen Willen genöthiget worden, so gar verschieden ist, daß sich, wie bereits oben gezeigt worden, von jenem auf diesen durchaus kein gültiger Schluß machen läßt. Billig verdient daher die Meinung derjenigen[63]) den Vorzug, welche in diesen Fällen das Accrescenzrecht eintreten lassen.

Ungestümes Zudringen und unablässiges Bitten, wodurch der Erblasser gegen seinen Willen zur Errichtung eines Testaments bestimmt wurde, werden, besonders bey kranken und reitzbaren Personen, einem Zwange gleichgeachtet. Dieses ist wenigstens die gemeine Mei-

62) *L. 1. pr. D. Si quis aliquem testari prohibuer. vel coeg.* Ulpian. Qui, dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere testamentum vel mutare, divus Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus, fisco locum fore. — *L. 2. C. eodem.* Impp. Diocletian. et Maximian. Eos, qui ne testamentum ordinaretur, impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis compendio removeri, celeberrimi iuris est.

63) Kürrer Diss. de testamento coacto. Th. XXXIII. pag. 45. Lynker Diss. de bonis ereptitiis. §. 30. und *a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 10. §. 6. Man vergleiche auch meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 30. S. 113.

nung der Rechtsgelehrten[64]). Das Gegentheil wollen zwar Fried. Gottl. Zoller[65]), Carl Ferd. Hommel[66]), und Adolph Diet. Weber[67]) behaupten. Allein die hier gewöhnlich eintretende Schwierigkeit des Beweises macht die Richtigkeit des Rechtssatzes selbst nicht wankend. Bloße Liebkosungen, Bitten, und Schmeicheleyen, sofern sie mit keinen arglistigen Ueberredungen verbunden sind, stehen der Gültigkeit des Testaments nicht im Wege, denn sie heben die Freyheit des Willens nicht auf[68]). Es gehört hierher die merkwürdige Ver-

64) Carpzov Jurispr. for. Part. III. Const. V. Def. 9. *Jo. a* Sande Decision. Lib. IV. Tit. I. Defin. 11. Nr. II. Oper. pag. 141. (edit. *Groning*. f.) Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 408. Leyser Meditation. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 8. Kubber cit. Diss. Th. XV. et XVI. Westphal von Testamenten. §. 31. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 442. Hufeland Lehrb. des gemeinen oder subsidiar. Civilrechts. 2. Bd. §. 1086. Not. 2. von Wening-Ingenheim Lehrbuch 2. Bd. V. Buch. §. 454. S. 194. der 3. Aufl. von Hartitzsch Erbrecht. §. 412. u. m. a.

65) Diss. Quaestion. cont. Utrum testamentum importunis sollicitationibus factum valeat? *Lipsiae* 1768.

66) Rhapsod. Quaest. for. Vol. III. Obs. 428.

67) Zu Höpfners Commentar §. 442. Not. 1. und Desselben Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1405. S. 216.

68) *Hartm.* Pistoris Quaestion. iuris. Lib. I. Quaest. 29. *Jo. a* Sande c. l. Carpzov c. l. Def. 7. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2. Kubber cit. Diss. Th. XIII. et Th. XIX. *a* Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 10. §. 7. Westphal a. a. O. Koechy cit. Commentat. §. 4. von Bülow und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der

ordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, welche an den Eutychides auf folgende Art rescribirt haben:

Judicium uxoris postremum in se provocare *maritali sermone*, non est criminosum.

So lautet die *L.* 3. *C. Si quis aliquem testari prohib. vel coegerit.* **Dat. V. Kal. Januar. CC. Conss. 293.**

Es mag wohl freylich zuweilen wahr seyn, was Juvenal[69]), um seinem Freunde, Ursidius Posthumus, das Heyrathen zu verleiden; in folgenden Versen besingt:

Semper habet lites alternaque iurgia lectus,
In quo nupta iacet: minimum dormitur in illo.

Allein dieß ist wohl nicht der **sermo maritalis**, von dem hier die Kaiser sprechen. Denn durch Zank und Streit würde sich der Mann wohl nicht leicht einen Platz im Testamente seiner erzürnten Gattin verschaffen. Nein, es ist, was Ovidius[70]) empfiehlt, um das weibliche Herz zu gewinnen:

Sit tibi credibilis sermo, consuetaque verba:
Blanda *tamen.*

Maritalis sermo ist also hier soviel als **blandus sermo, blanditiae maritales**, wie auch Cujaz[71]) ganz richtig

Rechtsgelehrsamkeit. Bd. IV. Erört. 27. Schweppe röm. Privatrecht. §. 789. **Hopacker Princ. iur. civ. Tom. II.** §. 1618. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. B. §. 798. Gans Erbrecht. 2. B. S. 161. f. u. a.

69) ***Satyr. VI. v.*** **267.** ***et*** **268.**

70) ***Art. amator.*** **Lib. I. v. 469.**

71) **Comment. in Libr. XV. Respons. Papiniani ad L. ult. D. Si quis aliq. testari prohib. (*opp. postum.* Tom. I. pag. 581.)**

diesen Ausdruck erklärt hat. Durch solche eheliche Liebkosungen und Schmeicheleyen die Frau zu gewinnen, daß sie zu Gunsten des Mannes testire, oder das zu seinen Gunsten gemachte Testament nicht wieder ändere, ist dem Manne erlaubt, und solche Schmeicheleyen und Liebkosungen machen das Testament nicht ungültig, wenn nur dem Manne kein Betrug noch Zwang dabey zur Last fällt. Dieß sagt auch Papinian *libro XV. Responsorum* [72]).

Virum, qui non per vim, nec dolum, quo minus uxor contra eum mutata voluntate codicillos faceret, intercesserat, sed, ut fieri assolet, offensam aegrae mulieris *maritali sermone* placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei, quod testamento fuerat datum, auferendum.

Dem maritalis sermo wird hier ausdrücklich vis und dolus entgegengesetzt. Struben [73]) tadelt daher mit Recht den sonst trefflichen Crell [74]), welcher über die L. 3. D. cit. eine eigene Dissertation geschrieben hat, wenn dieser behaupten will, daß unter dem sermo maritalis auch

72) *L.* 3. *D. Si quis aliquem test. prohib. vel coeg.* (XXIX. 6.)

73) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 78.

74) *Christph. Lud.* Crell Observationes ad L. 3. D. si quis aliq. test. prohib. de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa. *Vitembergae* 1739. 4. (in Eius *Dissertation. et Programm.* Fasc. V. nr. XL.) Ihm scheint Joh. Christ. von Quistorp in den rechtlichen Bemerkungen. 1. B. Nr. IX. S. 68. f. nicht Unrecht zu geben.

wohl eine **severa increpatio** begriffen sey, qua **maritus intercedit, ne uxor sibi adimat hereditatem;** ja sogar soweit geht, daß wenn es auch vom Schelten zu Schlägen gekommen wäre, und die Frau aus Furcht vor fernerer dergleichen Behandlung zu Gunsten des Mannes testirt hätte, ein solches Testament doch nicht für ungültig zu halten sey, wenn nur die Frau nicht unmittelbar bey der Errichtung des Testaments selbst mit Schlägen wäre behandelt worden. Denn soweit geht doch gewiß die Ehrfurcht nicht, welche die Gesetze[75]) der Frau gegen den Ehemann gebieten, daß sie sich eine solche Behandlung von ihrem Manne müßte gefallen lassen. Der **metus reverentialis** darf sich nicht auf Drohungen oder Gewalt gründen[76]). Es paßt daher nicht hierher, wenn die Gesetze[77]) sagen, daß eine Handlung, welche durch einen bloßen **metus reverentialis** ist veranlaßt worden, für keine unfreywillige zu halten sey. Auch darauf, ob der Zwang vor oder bey der Testamentshandlung verübt worden ist, kommt nichts an. Vielleicht können auch hier die Basiliken[78]) etwas zur Erläuterung und Bestärkung des Gesagten beytragen. In diesen lautet die Stelle folgendermaßen:

Ἐὰν τις ἀνὴρ ὢν διαλεχθῇ τῇ γυναικὶ, καὶ πείσῃ αὐτὴν γράψαι αὐτὸν κληρονόμον, οὐ δοκεῖ ἀνάγκην αὐτῇ ἐπιτιθέναι. i. e. ***Si maritus quis sermocinatus sit cum uxore, et ipsi persuaserit,***

75) *L.* 14. §. 1 *in fin. D. Soluto matrim.*
76) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 300. S. 171.
77) *L.* 22. *D. de ritu nupt.* *L.* 6. *C. de his, quae vi metusve causa gesta sunt.*
78) Tom. IV. Lib. XXXV. Tit. 4. Const. 4. pag. 780. (edit. *Fabroti.*)

ut eum heredem scriberet, non videtur eam compulisse.

Der hier gebrauchte Ausdruck πειση von πείθω bestärkt vorzüglich die angenommene Erklärung von sermo maritalis, und widerlegt die Crellische. Denn das griechische Verbum πείθειν τινα bedeutet soviel, als Jemanden durch Vorstellungen, Bitten und gute Worte bewegen oder gewinnen [79]). Es ist nun zwar in beyden Gesetzen bloß vom Manne die Rede, der durch Liebkosungen die Frau bestimmt hat, ihn im Testamente zu begünstigen, das Nämliche aber würde auch ohne Zweifel gelten, wenn im umgekehrten Falle die Frau durch Schmeicheleyen, wie sie unter Ehegatten gewöhnlich sind, also ohne Arglist, den Mann veranlaßt hätte, zu ihren Gunsten zu testiren. Denn daß es hier anders seyn sollte, dazu ist kein Grund vorhanden, zumal da argumenta a contrario bekanntlich bey der Erklärung kaiserlicher Rescripte eben so wenig, als bey den Fragmenten der Pandecten Statt finden, welche aus den libris Responsorum eines römischen Juristen genommen sind [80]). Warum sollte man auch nicht eben so gut die freundliche Unterredung der Frau mit dem Manne einen maritalis sermo nennen können, da Papinian [81]) mit dem Namen *mariti* beyde Ehegatten bezeichnet, und die Kaiser Valerianus und Gallienus [82]) auch der Frau

79) S. Passow griechisch. Handwörterbuch v. πείθω.

80) S. Eckhardi Hermeneut. iuris. Lib. I. §. 221. und meine Einleitung in das Studium des röm. Priv. R. §. 10. S. 66.

81) *L.* 52. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

82) *L.* 5. *C. de institut. et substitut.* (VI. 25.)

concordiam maritalem empfehlen? Aber streitig ist es, ob das, was die Gesetze von ehelichen Schmeicheleyen und Liebkosungen verordnen, auch auf andere Personen angewendet werden könne, welche in keinem ehelichen Verhältniß zu einander stehen? Dieses wollen mehrere Rechtsgelehrten [83]) läugnen. Allein nicht sowohl das eheliche Verhältniß kommt hier in Betrachtung, als vielmehr Freyheit des Willens. Wird diese durch Bitten und Schmeicheleyen nicht aufgehoben, so ist auch gegen die Gültigkeit des dadurch veranlaßten Testaments nichts einzuwenden [84]).

Uebrigens versteht sich's, daß wenn die Gültigkeit eines Testaments aus dem Grunde bestritten wird, weil das Testament durch Drohungen, Zwang oder arglistige Ueberredungen, und betrügerische Vorstellungen veranlaßt worden sey, der Beweis von dem geführt werden müsse, der dieses behauptet. Die Beweismittel sind die gewöhnlichen, daher findet hier auch Eidesantrag Statt, der Eid muß nur auf besondere Thatumstände, welche Zwang oder Betrug zu erkennen geben, gerichtet werden [85]). Da jedoch Zwang und Betrug gemeiniglich im

83) *Bern. Henr.* Reinoldus Varior. Cap. 8. (in Opusc. *a Juglero* edit. pag. 84—92.) und *Jo. Gottfr.* Funckler Diss. de testamento, quod quis blanditiis invitatus condidit, invalido. *Lipsiae* 1774. 4.

84) Man vergl. noch *Sam.* Stryck Diss. de iure blanditiarum. Cap. IV. (*Francof. ad Viadr.* 1672. et Volum. II. Dissertation. iunct. editar.)

85) Kurrer Diss. cit. de testam. coacto Th. XXIV. *Jo. Jac.* Hoefler Exerc. iurid. de licita iurisiurandi iudicialis delatione super facto illicito, et speciatim libertatem testandi impediente, moderat. *Ge. Frid.*

Geheimen vorgehen, und daher der Beweis mit vielen Schwierigkeiten verbunden zu seyn pflegt; so werden hier auch Vermuthungen, und künstliche Beweismittel zugelassen[86]). Ein vorzügliches Gewicht wird jedoch dem Beweise beygelegt, der vom Testator selbst ausgeht, wenn dieser vor glaubwürdigen Zeugen mit Angabe aller näheheren Thatumstände versichert hat, daß er zu dem Testamente, welches er errichtet hat, auf eine unerlaubte Art genöthiget worden sey, und solches nur darum gemacht habe; um sich nicht ferneren Mißhandlungen auszusetzen; oder auch dasselbe bey Errichtung seines Testaments erklärt hat[87]).

§. 1406.

Kann die Verfügung über den Nachlaß der Bestimmung eines Dritten überlassen, oder in den Willen eines Andern gestellt werden?

Das Wesen des Testaments ist, daß das testirende Individuum nicht nur selbst wolle, sondern auch bestimmt erkläre, wer nach seinem Tode sein Erbe seyn solle. Nam testamentum vires per institutionem he-

Deinlino def. *Altorfii.* 1739. *Jo. Balth.* a Wernher Select. Observation. for. Tom. I. Part. I. Obs. 192. *a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. VI. Spec. CCCLXXV. Medit. 35. et 36. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ab *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 3.

86) Kurrer cit. Diss. Th. XXII. in fin. Hofacker Princ. iuris civ. Tom. II. §. 1619. Malblank Princip. iur. Rom. Part. ult. §. 689. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 798. a. E.

87) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. V. Definit. 12. Kurrer cit. Diss. Th. XXIII. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1619. in fin.

redum accipit, sagt Papinian *libro XV. Quaestionum*[88]). Der Testator kann also weder den Inhalt des Testaments der Bestimmung eines Dritten überlassen, so daß dieser die zu Honorirenden ernennen soll; denn er würde sich ja seines Willens entäußern, das Testament würde nicht *suae voluntatis* sententia, sondern eine voluntas *aliena* seyn; noch auch die Erbeinsetzung geradezu von eines andern Willkühr abhängig machen, so daß ein Dritter in die von dem Testirer geschehene Ernennung des Erben einwilligen soll. Denn auch hier hat der Testator seinen eigenen Willen aufgegeben[89]), und das, was man von jedem Testator erwartet, — die genaueste eigene Ueberlegung und Bestimmung, — geradezu auf die Willkühr eines Dritten gestellt[90]). Dieß sind allgemein angenommene Rechts-

88) *L.* 10. *D. de iure codicillor.* (XXIX. 7.)

89) S. Gans römisches Erbrecht. 2. B. S. 158. f.

90) S. Schraders Abhandl. In wiefern kann man letztwillige Verfügungen gültig der Bestimmung Anderer überlassen? (in Desselben Abhandlungen aus dem Civilrechte. 1. Bdch. Nr. III. §. 5. S. 53. und mein Progr. Innocentius III. P. R. in Cap. XIII. X. de testam. et ult. volunt. iuri civili haud derogans, sive de effectu singulari extremae voluntatis in alterius dispositionem commissae. (*Erlangae* 1784. 4.) Sect. I. (in *Opusc.* Fasc. I. Nr. II. pag. 161. sqq.). Der Literatur wegen sind hier noch zu bemerken: *Greg.* Majansii Disp. de voluntate necessaria in ultimis dispositionibus (in Eius *Disputation. iuris civ.* Tom. I. *Lugd. Batav.* 1752. 4. Disp. XXIX. pag. 438. sqq.). *Arent. van* Muyden Specim. iurid. inaug. de ultima voluntate collata in arbitrium alterius. *Lugd. Batavor.* 1788. und *Ge. Steph.* Wiesand Opuscula (*Lipsiae* 1782. 8.) Specim. VI. Meditat. I. pag. 62. sqq.

säße, welche in den Gesetzen als juristische Gemeinsprüche aufgestellet werden. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 32. *pr. D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.) GAJUS *libro primo de testamentis ad Edictum Praetoris urbani.* Illa institutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter Veteres[91]) decreverunt, *testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.*

L. 68. *D. eodem* POMPONIUS *libro VII. ad Quintum Mucium.* — Atquin si quis ita scripserit: *Si Titius voluerit, Sempronius heres esto,* non valet institutio.

Unstreitig waren die übrigen Rechtsgelehrten einverstanden. Denn so stellt Ulpian[92]) den Grundsatz auf: Certum consilium debet esse testantis, und *libro V. ad Sabinum*[93]) lehrt er: Heres institui, *nisi ut certus*[94]) *demonstretur*, nemo potest. Eben so Modestinus *libro II. Pandectarum*[95]): Quoties

91) Wer diese Veteres sind, lehrt uns Dirksen in den Beiträgen zur Kunde des röm. Rechts. 2. Abhandl. S. 159. ff. Man vergleiche auch meine Opusc. Fasc. I. Nr. II. §. 1. pag. 161. sqq.

92) *Fragm. Tit. XXII.* §. 4. (in HUGO iure civ. Antejust. Tom. I. pag. 63.).

93) *L.* 9. §. 9. *D. de hered. instit.*

94) So lesen, Statt certe, wie die florentinische Lesart lautet, die meisten, als Haloander, Miräus, Merlin, Baudoza, u. a.

95) *L.* 62. §. 1. *D. eodem.*

non apparet, *quis heres institutus sit*, institutio non valet. Dieß ist aber der Fall, wenn die Erbeinsetzung der Willkühr eines Dritten überlassen worden ist. Das Nämliche lehrt mit denselben Worten, wie Modestin, auch Paulus[96]). So wie jedoch die Erbeinsetzung von einer Casual-Bedingung abhängig gemacht werden kann, so gilt auch die Erbeinsetzung, wenn die Handlung eines Dritten, welche in desselben Willkühr steht, zur Bedingung gemacht worden ist, obwohl es, da die Handlung des Dritten von seiner Willkühr abhängt, so gut ist, als ob die Erbeinsetzung selbst auf seinen Willen wäre gestellt worden. Pomponius *libro VII. ad Quintum Mucium*[97]) belehrt uns darüber ausführlich, wenn er sagt:

Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: *Si Titius in Capitolium ascenderit*[98]): quamvis non alias heres esse possit *Sempronius*, nisi *Titius* ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum *Titii:* quia tamen scriptura non est expressa voluntas *Titii*, erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scripserit, *si Titius voluerit, Sempronius heres esto:* non valet institutio. Quaedam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent: quando[99]),

96) *Sentent. receptar.* Lib. III. Tit. 4. B. §. 3. (in Hugo J. C. A. Tom. I. pag. 135.)

97) *L. 68. D. de hered. instit.*

98) Warum gerade dieses Beyspiel sowohl bey bedingten Erbenseinsetzungen, als Vermächtnissen, von den römischen Juristen gewöhnlich gewählt worden? beantwortet mein Innocentius III. Sect. I. §. 4. (In *Opusc.* Fasc. I. pag. 180. sqq.)

99) Statt quando liest Haudoza quae.

si verbis tegantur, eandem significationem habeant[100]) quam haberent expressa: et momentum[1]) aliquod habebunt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat: et tamen nemo dubitat, quin si ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres esto, et cum heres erit Titius, filius exheres esto:* nullius momenti esse exheredationem[2]).

In den angeführten Gesetzen ist nun zwar nur von der Erbeinsetzung die Rede, allein daß der oben vom Gajus nach der einstimmigen Lehre der Alten aufgestellte Grundsatz: ***testamentorum iura ipsa per se firma esse oportet***, allgemein geltend war, und sich also auch auf Vermächtnisse bezog, lehrt uns Heren-

100) Westphal von Testamenten §. 300. meint, bey den Worten: eandem significationem habeant, müsse quamvis ergänzt werden. Haloander liest auch wirklich: ***licet*** **eandem etc.**

1) Statt *et* **momentum** hat Haloander **momentum *tamen*.** Westphal hingegen will das *et* ganz weggelassen haben.

2) Haloander, Miräus, und Beck lesen hier wohl richtiger: **nullius momenti sit exheredatio.** Der Sinn dieser letzten Worte ist übrigens der: Wenn gleich die Enterbung anders nicht gilt, als wenn der Erbe die Erbschaft antritt, und diese Antretung von seiner Willkühr abhängt; so darf dennoch der Wille des Erben, daß er nämlich die Erbschaft haben wolle, nicht zur ausdrücklichen Bedingung der Enterbung gemacht werden. Die Gründe werden ***L. 3. §. 1. et 2. D. de liberis et postum.*** **(XXVIII. 2.)** angegeben. S. *Gregor* **MAJANSII ad XXX. ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iur. civ. Corpore Commentar. (*Genevae* 1764. 4.) Tom. I. pag. 325.** sq. und **POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXXV. Tit. I. Nr. LIX. not. f. et g. pag. 460.**

nius Modestinus *libro VII. Differentiarum* [3]). Er sagt:

Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: *Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit*, nam quamvis in arbitrio *Maevii* sit, an Capitolium ascendat, et velit efficere, ut *Titio* legatum debeatur: non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: *Si Maevius voluerit, Titio decem do*, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.

Es ist also nach diesen Gesetzstellen ein großer Unterschied, ob der letzte Wille selbst, nämlich die Erbeinsetzung, oder wer ein Legat erhalten soll, der Willensbestimmung eines Dritten überlassen worden, oder ob bloß die Handlung eines Dritten, wenn sie auch an sich von seiner Willkühr abhängt, zur Bedingung eines letzten Willens gemacht worden ist [4]). Nur das Erstere wurde jenem Grundsatz zuwider gehalten, nicht das Letztere. Hiermit scheint nun aber Ulpian gar nicht übereinzustimmen. Nach seiner Aeußerung soll es auf diesen Unterschied nicht ankommen. Er sagt nämlich:

3) *L.* 52. *D. de condit. et demonstr.* (XXXV. 1.)

4) Man vergleiche *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiar. supersunt. (*Lugd. Bat.* 1750.) Cap. VIII. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 77. sqq.) und mein Programm Innocentius III. etc. Sect. I. §. 4. (in *Opusc.* Fasc. I. pag. 179. sqq.)

L. 1. pr. D. de legat. XXXI. (ex *libro IX. ad Sabinum.*) In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest. Quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an, *si voluerit?*

Derselbe Ulpian lehrt ferner *libro XXI. ad Sabinum*, woraus die *L.* 43. §. 2. *D. de legatis XXX.* genommen ist:

Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.

Und *libro VI. Disputationum* wendet er dieses Princip auf eine fideicommissarische Freylassung an. Es heißt nämlich in der daraus genommenen *L.* 46. §. 2. *D. de fideicommissar. libertatib.* (XL. 5.)

Sed et si ita adscriptum sit: *si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset: *si Titius Capitolium ascenderit.*

Aus diesen Stellen scheint nun klar hervorzugehen, Ulpian halte es für Einerley, ob ein Legat von der reinen Willkühr eines Dritten, oder von einer durch den Willen eines Dritten bedingten Handlung abhängig gemacht werde; oder, um mit Ulpian zu reden, es sey kein Unterschied zwischen dem: *Si Titius in Capitolium ascenderit*, und dem: *Si Titius voluerit.* Es muß aber doch allerdings befremden, wenn Ulpian hier einen Satz aufstellt, welcher jenem allgemeinen angenommenen Rechtssatze so offenbar widerstreitet, von dem, wie oben bemerkt wurde, Gajus sagte, Satis constanter Veteres decreverunt, *testamentorum iura ipsa*

per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Noch mehr muß es ferner auffallen, daß derselbe Ulpian, welcher gar kein Bedenken findet zu behaupten, **legatum in aliena voluntate poni posse**, sich dennoch bey Entscheidung der Frage, ob eine **fideicommissa libertas** gültig sey, wenn die Bedingung: *Si Seius voluerit*, beygefügt worden? so bedenklich und zweifelnd äußert: *mihi videtur posse dici, valere libertatem.* Es muß endlich noch besonders auffallen, daß Modestinus, Ulpian's Schüler [5]), hier eine von seinem Lehrer so geradezu abweichende Meinung vorträgt, da er ihn doch sonst immer nur, als beystimmend, mit der größten Achtung citirt [6]). Und solche offenbare Widersprüche sollten die Verfasser der Pandecten aufgenommen haben? Kein Wunder, wenn man sich seit den ersten Zeiten des zu Bologna wieder belebten Studiums des röm. Gesetzbuchs bemüht hat, den Ulpian mit Gajus, Pomponius und Modestinus zu vereinigen. Es sey mir erlaubt, die verschiedenen Versuche älterer und neuerer Rechtsgelehrten hier kürzlich zur Uebersicht zusammenzustellen.

Die Glosse zu **L. 1. pr. D. de legat. XXXI. ad verb. Conditio** recensirt die Erklärungen der beyden Glossatoren Johannes Bossianus und Rogerius. Jener erklärt das *in arbitrium alterius conferre legatum* von einem **arbitrium boni viri**, weil davon gleich nachher **§. 1.** die Rede sey, und *veluti conditio*

5) Ulpian nennt ihn *L.* **52. §. 20.** *D. de furtis* **studiosum suum.**

6) S. *L.* 2. §. 9. *L.* 4. §. 1. *L.* 8. §. 9. *L.* 10. §. 8. *L.* 12. *pr. L.* 13. §. 2. *D. de Excusat.*

sey soviel, als in vim conditionis. Nach dieser Ansicht sey nun freylich kein Unterschied, ob man sage: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si Titius voluerit* sc. arbitrari. Beydes gelte. Rogerius hingegen versteht die Worte Ulpians: *Quid enim interest*, ohne Frage, so: *Aliquid* enim interest. Der Sinn sey also der: ein Legat könne nur als eine Bedingung in eines Andern Willen gestellt werden. Denn es sey allerdings ein Unterschied, ob man legirt: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si voluerit*. Allein beyde Erklärungen verwarf schon Bartolus [7]), und daß sie den Worten des Gesetzes gar nicht angemessen sind, hat auch Guido Panciroli [8]) gezeigt. Eben so wenig Beyfall verdient die Erklärung des Magister Vacarius in seinem zum Behuf seiner ärmern Schüler in Oxford verfaßten Auszuge aus dem Codex und den Pandecten [9]). Dieser versteht in seiner Glosse zur *L.* 1. *cit.* den Ulpian so, es sey zwar kein Unterschied zwischen den von ihm angeführten Beyspielen *quantum ad figuram conditionis, et suspensionis effectum*, wohl aber *quantum ad vim et potestatem, quia si ascenderit* (sc. Titius), *est in mora* (sc. heres), *et valet legatum, si noluerit, non est in mora, immo statim non valet* [10]).

7) Ad L. 40. D. de pact. et ad L. 1. D. de legat. II.

8) Thesaur. variar. Lection. utriusque iuris Lib. III. Cap. 5.

9) S. von Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter. IV. Band. Kap. 36. S. 358. ff.

10) S. Wenck Magister Vacarius. (*Lipsiae* 1820. 8.) pag. 275. nr. 272.

Cujacius[11]), dem auch Reinhard Bachov[12]), Andr. Fachinäus[13]), Lud. Charondas[14]), Jac. Gothofredus[15]), Arn. Vinnius[16]), und Hieron. von Droz[17]) gefolgt sind, nimmt an, die Worte: *Si Titius voluerit* könnten auf zweyerley Art erklärt werden, nämlich der Testator habe mit diesen Worten entweder alles in den Willen des Titius gestellt, so daß derselbe **arbiter et quasi dator legati** seyn sollte; dieß sey ungültig, und davon spräche Modestinus in der *L.* 52. *D. de condition. et dem.* oder es wären diese Worte vom Testator für eine Bedingung genommen worden, so daß sie den Sinn haben, **si forte acciderit aliquando, ut id Titius velit**; und hier sey das Legat so gültig, als wenn auf die versteckte Art: *si Titius Capitolium ascenderit*, dasselbe in den Willen des Titius wäre gestellt worden. So habe denn Ulpian mit Recht sagen können, es sey kein Unterschied, *si Titius Capitolium ascenderit*, **mihi legetur, an** *si voluerit*, **id est, quasi conditio.** Er will daher statt *veluti conditio* lieber **veluti conditionem** lesen. Auf gleiche Weise

11) Observat. Lib. II. cap. 2.

12) Not. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XIII. Th. 6. lit. D. pag. 821.

13) Controv. iur. Lib. V. Cap. 58.

14) Πιθανων. seu Verisimil. Lib. I. cap. 21. nr. 11. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. I. pag. 786.)

15) Comment. in Tit. Pand. de divers. reg. iur. ad *L.* 195. h. t. pag. 761.

16) Select. iuris Quaestion. Lib. II. Cap. 25.

17) De apicibus iuris civ. (*Lugd.* 1661. f.) Lib. II. Cap. 9. pag. 147. sqq.

sey nun auch die andere Stelle Ulpian's zu verstehen, wo er sage: *legatum in aliena voluntate*, nämlich quasi conditione, *poni posse*. Dieses sage sogar Ulpian in der dritten Stelle, *L.* 46. §. 2. *D. de fideic. libert.* ausdrücklich. Zur Unterstützung dieser Meinung fügt Droz[18]) noch hinzu, es komme ja bey Bedingungen alles auf den Willen des Testators an[19]), dieser könne daher etwas zu einer Bedingung machen, was auch an sich keine sey, z. B. einen dies certus. Der Testator müsse nur seine Absicht deutlich erklären. Die Folge sey nun die, daß Titius noch bey seinem Leben seine Einwilligung erklären müsse. Es komme also hier noch auf das Eintreten einer Thatsache an; stirbt daher Titius, ehe er seine Einwilligung erklärt hat, so gehe das Legat, wie in jedem andern Falle einer nicht eingetretenen Bedingung, zu Grunde. Allein daß dieses wohl nicht der wahre Sinn des Gesetzes seyn könne, ergiebt sich schon selbst aus den Worten: Quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an: *si voluerit*. Es ist aber auch ein legatum *conditionatim* conceptum ganz etwas Anderes, als legatum, *veluti conditionem*, in alienam voluntatem conferre, wie auch schon Schrader[20]) sehr gründlich gegen Cujaz erinnert hat.

Hugo Donellus[21]) will dagegen den Ulpian so

18) Cit. loc. nr. 9. pag. 149.

19) *L.* 19. *pr. D. de condit. et demonstrat. L.* 12. *in fin. D. de legat.* XXX.

20) S. Desselben angef. Abhandl. S. 63. f.

21) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 5—8. (Vol. IV. pag. 438. sqq. edit. noviss. *Norimb.*)

verstehen: In arbitrium alterius conferri legatum, *veluti conditio*, potest, heiße: si ita adscriptum fuerit: *si tertius aliquis fuerit arbitratus, si putaverit, si aestimaverit, si utile illi fuerit visum.* Ein solches Legat sey gültig, quia plenum arbitrium voluntatis his verbis datum non sit, sed *quasi viro bono commissum* relictum. Damit nun aber der von Ulpian beygefügte Grund zu dieser Erklärung passe, so erklärt er das *quid* enim interest, durch *quantum* enim interest, und beweist diesen Sprachgebrauch aus einer Stelle des Terenz[22]), welcher einmal sagt: *Dii immortales, homini homo quid praestat? Stulto intelligens, quid interest?* Oswald Hilliger[23]), der hier seinem Donellus, qui hic est eximius, wie er sich ausdrückt, vollkommen beystimmt, sucht den hier dem Ulpian untergelegten Sprachgebrauch noch durch eine Stelle aus Javolenus *libro XIII. Epistolarum*[24]) zu unterstützen, um zu beweisen, daß er selbst den röm. Juristen gar nicht fremd sey, denn da komme das *quid enim interest?* in derselben Bedeutung vor. Allein daß durch diese Auslegung den Worten, sowohl in der Stelle des Javolenus, als in unserer *L.* 1. *D. de legat. XXXI.* Gewalt geschehe, hat schon Jos. Fernand. de Retes[25]) erinnert.

22) *Eunuch. Act. II. Sc. II. v.* 1. *et* 2.

23) Donellus Enucleat. Lib. VIII. Cap. 15. in Notat. lit. F. pag. 645. et Cap. 32. Notat. lit. P. pag. 741.

24) *L.* 55. *D. de condit. et demonstrat.*

25) Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. 8. nr. 5. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 137.) Vergl. auch *Hieron. van* Alphen Diss. de Javoleno Prisco. Cap. II. §. 3. (in

Johann Schilter[26]) war zwar auf dem rechten Wege, wenn er behauptet, es sey keinesweges Ulpian's Meinung, die von allen Rechtsgelehrten angenommene Regel, daß ein Legat nicht in den bloßen Willen eines Dritten gestellt werden könne, aufzuheben, sondern Ulpian habe diese Regel in der *L.* 1. *pr. de legat.* XXXI. bloß limitirt, nämlich so, daß ein Legat alsdann gültig in die Willkühr eines Dritten gestellt werden könne, wenn es unter der Bedingung geschehe, daß der Dritte eine in seiner Willkühr stehende Handlung vornehme; z. B. **Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit.** Allein er verirrt sich wieder, wenn er nun die folgenden Worte: **Quid enim interest etc.** so versteht, ob es wohl auch in des Dritten Willkühr stehe, ob er auf das Capitolium steigen wolle oder nicht: **Quid enim interest,** ***si Titius in Capitolium ascenderit,*** **mihi legetur,** ***an si voluerit,*** nämlich **ascendere,** so werde doch das Legat auf diese Art nicht in die bloße Willkühr des Dritten geradezu gestellt, nur dieses sey ungültig. Allein daß das „**si voluerit**“ nicht auf **ascendere** bezogen werden könne, sondern vielmehr auf den bloßen Willen eines Dritten gehe, ob der Legatar das Vermächtniß erhalten solle, erhellet aus allen übrigen oben angeführten Gesetzstellen. Eben so wenig kann man ihm beystimmen, wenn er die übrigen Stellen Ulpian's von einem **arbitrio boni viri** verstehen will, denn Ulpian läugnet ja *L.* 43. §. 2. *D. de legat.* XXX. daß ein Legat in den Willen des Erben gestellt werden könne, da doch derselbe Ulpian ein Vermächtniß, was

Ger. Oelrichs *nov. Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. III. Tom. I. pag. 27.)

26) Prax. iuris Rom. Exerc. XXXIX. §. 28—32. pag. 523 sqq.

)em **arbitrio heredis, tanquam boni viri,** anheimge=
tellt worden ist, ausdrücklich für gültig erklärt[27]).

Den meisten Beyfall unter den neuern hat jedoch
)ie Erklärung des Joseph Averanius[28]) gefunden.
Iverani will durchaus keinen Streit zwischen Ulpian
md den übrigen röm. Juristen Statt finden lassen.
Sie wären, sagt er, alle einverstanden. Ulpian habe
ich nur nicht deutlich genug ausgesprochen. Darum habe
ein Schüler, Modestinus, die Meinung seines Leh=
:ers, die ihm am besten bekannt seyn mußte, deutlicher
:rklärt. Wenn nun Ulpian sagt: *In arbitrium al-
terius conferri legatum, veluti conditio, potest;*
jo heiße dieß nichts anders, als ein Legat könne in den
Willen eines Andern eben so gestellt werden, wie eine
Bedingung eines Andern Willen überlassen werden kann.
Eine Bedingung könne nun aber nie ausdrücklich, son=
dern immer nur stillschweigend in eines andern Willen
gestellt werden. Es könne also auch ein Vermächtniß,
wie Modestinus uns ausdrücklich belehrt, nur still=
schweigend, nicht aber ausdrücklich in eines Andern Wil=
len gestellt werden. Es sey nun etwas ganz Anderes,
das Vermächtniß selbst in eines Andern Willen stellen
als die Bedingung desselben eines Andern Willen über=
lassen. Beydes habe Ulpian in unserm Fragment un=
terschieden. Das Legat werde nämlich in den Willen
eines Andern gestellt, wenn das Vermächtniß selbst ge=
radezu von dessen Einwilligung abhängig gemacht wird,

27) *L.* 75. *pr. D. de legat.* XXX. *L.* 11. §. 7. *D. de le-
gat.* XXXII.

28) Interpretation. iuris Lib. II. Cap. 22. pag. 259. sqq.
(*Lugduni* 1751. 4.)

die Bedingung aber, wenn eine Handlung von eines Andern Willen abhangen soll, wodurch das Legat suspendirt wird, wie z. B. *Lego tibi centum, si Cajus in Capitolium ascenderit*. Hier sey die Bedingung dem Willen des Cajus überlassen worden. Heiße es aber so: *Lego Titio centum, si Caius voluerit*; so sey das Vermächtniß selbst von dem Willen des Cajus abhängig gemacht worden. Es sey also gewiß, daß eine Bedingung nie ausdrücklich, sondern immer nur stillschweigend eines Andern Willen überlassen werden könne. Das Legat aber könne theils ausdrücklich, theils stillschweigend in den Willen eines Andern gestellt werden. Ausdrücklich, wenn ich sage: **Lego Titio centum**, *si Caius voluerit*. Stillschweigend auf die Art: *nisi Caius noluerit*, d. h. wenn Cajus nichts dagegen hat, wenn er nicht, sobald er kann, widersprechen wird [29]); auch so: *cum Cajus voluerit*, wann er will. Denn durch ein solches Legat werde eine Zeit ausgedrückt, und stillschweigend liege darin die Bedingung des Willens [30]). Nur in jenem Falle

29) Auf solche Art könne ein Vermächtniß sogar der Bestimmung des Erben überlassen werden, quasi conditionale legatum, wie selbst Ulpian lehre *L.* 11. §. 5. *D. de legat. XXXII.* obwohl dem Willen eines Andern eher ein Legat überlassen werden könne, als dem Willen des Erben, weil keine obligatio in den Willen des Schuldners gestellt werden könne. Dieß habe Ulpian gemeint, wenn er *L.* 43. §. 2. *D. de legat. XXX.* sage: Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. *L.* 8. §. 1. *D. de rebus dubiis. L.* 8. *D. de Obligat. et act. L.* 17. *L.* 108. §. 1. *D. de Verb. obligat.*

30) *L.* 22. *pr. D. Quando dies legator.* (XXXVI. 2.)

sey das Legat ungültig, in diesem aber gültig, Dieß sey auch Ulpians Meinung in den Worten: *In alterius arbitrium conferri legatum, veluti conditio, potest*, welche er nur etwas zu kurz und dunkel ausgedrückt, Modestinus aber deutlicher erklärt habe. Die übrigen Worte: *Quid enim interest* etc. seyen nun keinesweges so zu verstehen, als ob in rechtlicher Rücksicht kein Unterschied sey, ob dem Vermächtniß die Formel: *si in Capitolium ascenderit*, oder die, *si voluerit*, sey beygefügt worden. Nein, zwischen beyden Fällen sey ein großer Unterschied, auch im Rechte der Forderungen [31]), so wie im Erbrechte [32]), und dieses habe auch Ulpian wohl gewußt. Die Worte: *Quid enim interest* etc. müßten also ganz anders verstanden werden. Ulpian habe diese Worte hinzugefügt, um dadurch zu erklären, was er vorher etwas zu dunkel ausgedrückt hatte. Es konnte nämlich Zweifel entstehen, wie eine Bedingung in eines Andern Willen gestellt werden könne, so daß sie von einem in die Willkühr eines Andern gestellten Legate selbst unterschieden sey. Zu dem Ende habe er ein Beyspiel von einer solchen Bedingung beygefügt, deren Ereigniß von eines Andern Willkühr abhängt, nämlich *si Titius in Capitolium ascenderit*, dasselbe, was auch Modestinus angeführt hat. Um nun zu zeigen, daß diese Bedingung wirklich in die Willkühr des Titius gestellt worden, sage er, es sey kein Unterschied, ob das Legat mit dem Zusatz: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder so: *Si vo-*

31) *L.* 8. *D. de obligat. et act.* *L.* 46. §. 3. *D. de Verb. obligat.* *L.* 27. §. 1. *L.* 99. §. 1. *L.* 115. §. 1. *D. eodem.*

32) *L.* 68. *D. de heredib. instituend.*

luerit, hinterlassen worden sey. Hiermit wolle er also nur andeuten, daß insofern kein Unterschied zwischen beyden Formeln Statt finde, als es bey der einen sowohl, wie bey der andern, auf den Willen des Titius ankomme. **Nihil interest**, sagt Averanius, **quoad comprehendendam voluntatem Titii, et efficiendum, ut utraque conditio contineat Titii voluntatem.** In Rücksicht der Gültigkeit des Vermächtnisses sey hingegen zwischen beyden Fällen allerdings ein großer Unterschied. Denn das Legat mit dem Zusatz: *si Titius voluerit*, sey ungültig, weil hier der Wille des Titius zur ausdrücklichen, in dem andern Zusatz aber nur zu einer stillschweigenden Bedingung gemacht worden sey. Daß diesen Unterschied auch selbst Ulpian anerkannt habe, lasse sich aus *L.* 46. *D. de fideic. libertat.* erkennen. Hier stelle Ulpian, aus besonderer Begünstigung der Freyheit, zuerst gegen die Regel, nach welcher kein Legat in den bloßen Willen des Erben gestellt werden könne, den Satz auf, daß eine **libertas fideicommissaria** davon eine Ausnahme mache. Dann werfe er die Frage auf, ob auf gleiche Weise eine **libertas fideicommissaria** in den Willen eines Andern gestellt werden könne? Hier äußere sich Ulpian zweifelhaft, *mihi videtur posse dici valere libertatem*. Woher diese zweifelnde Fassung seiner Entscheidung? Warum genügte ihm nicht schon die Begünstigung der Freyheit? Warum mußte noch ein anderer Grund zu Hülfe genommen werden, *quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit*. Wenn man dieses alles erwäge, so lasse sich wohl daraus mit Grund abnehmen, daß Ulpian bey einem andern Legate ganz anders ent-

schieden haben würde, denn wie hätte er sonst beim Vermächtniß der Freyheit einigen Zweifel haben können? Man wird gewiß den Scharfsinn nicht verkennen, mit welchem Averanius diese Erklärung vertheidiget hat, sie ist daher auch von mehreren, besonders von Gregorius Majansius[33]), Johann van Rispen[34]), und Ernst Christian Westphal[35]) angenommen worden. Daß die *L.* 1. *pr. D. de legat. XXXI.* so wie die *L.* 43. §. 2. *D. de legat. XXX.* aus des Modestinus *L.* 52. *D. de condition. et demonstrat.* zu erklären sey, wie auch Wenck[36]) bey der Glosse des Vacarius zur *L.* 1. bemerkt hat, war gewiß ein richtiger Gedanke des Averanius, er hätte ihn nur richtiger verfolgen sollen, so wäre aller Widerspruch verschwunden. Er gab aber gerade durch seine Ausführung Blößen, welche zu dem Resultat führten, es sey hier ein unvereinbarer Widerstreit zwischen Ulpian und den übrigen röm. Juristen vorhanden. Was sich gegen Averanius Ansicht mit Grund erinnern läßt, hat schon Herr Obertribunalsrath Schrader[37]) gezeigt. Er selbst hält daher jeden Vereinigungsversuch für vergeblich. Man könne jedoch, sagt

33) Diss. cit. de voluntate necessar. in ultim. dispositionib. §. 15. et 16. (in Ejus *Disputationib. iur. civ.* Tom. I. pag. 445. sqq.)

34) Diss. cit. ad fragmenta ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiar. Cap. VIII. (in Oelrichs *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 81.)

35) Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. §. 331. S. 257. f.

36) Magister Vacarius pag. 275. nr. 272. in fin.

37) Angef. Abhandl. §. 8. S. 65. f.

er, die Frage, wie bey diesem Streite dem römischen Gesetzbuche gemäß zu entscheiden sey, füglich unbeantwortet lassen, weil das römische Recht in diesem Puncte durch das Canonische Gesetzbuch abgeändert worden sey. Ulpians Meinung müßte indessen auf jeden Fall dem Dafürhalten der übrigen Schriftsteller weichen, weil der neueste unter ihnen, Modestinus, sich zu dieser Parthey halte. Es waren aber auch schon ältere Rechtsgelehrte, die hier einen unvereinbaren Widerstreit zwischen den angeführten Pandectenstellen fanden, von denen mir Franz Hotoman[38]), Franz Sarmiento[39]), Emanuel Acosta[40]), Anton Merenda[41]), und Christ. Thomasius[42]) bekannt sind. Unter den neuern Rechtsgelehrten stimmte Anfangs Herr Geh. Rath Thibaut der Schraderischen Meinung bey[43]). Er hat aber seine Meinung wieder geändert[44]).

Unsere neuesten Rechtsgelehrten nehmen überhaupt keinen Dissensus an. Neustettel[45]) hat diese Contro-

38) Respons. amicabil. Lib. I. cap. 5.

39) Selectar. Interpret. Lib. II. Cap. 6. nr. 29. et Lib. VIII. Cap. 2.

40) Select. Interpretat. Lib. I. cap. 21.

41) Controversiar. iuris Tom. II. Lib. XI. Cap. 38. pag. 58. sqq. (*Brüxellis* 1745. fol. maj.)

42) Diss. de captatoriis institutionibus. (*Hallae* 1696.) §. VI.

43) Syst. des Pandectenrechts. 2. Bd. §. 800. der 4ten Ausgabe. Jena 1814.

44) S. die neueste Ausgabe. Jena 1828. §. 800.

45) Ueber die in den Willen eines Dritten gestellten Legate, in dem Archiv für die civilist. Praxis 3. Band. Nr. VII. S. 94—100.

verse zuerst wieder zur Sprache gebracht, sie aber auf eine Art beyzulegen versucht, die den Knoten nicht gelöst, sondern noch mehr verwickelt zu haben scheint. Es lasse sich, sagt er, überhaupt schon bey Ulpian, den man vorzugsweise den Practiker unter den römischen Juristen nennen möchte, eine singuläre Meinung nicht leicht annehmen. Wie sehr aber Ulpian mit der gemeinen Meinung übereinstimme, erhelle gerade aus *L.* **46.** §. **2.** *D. de fideicomm. libertat.* wo er den Satz, daß es vergönnt sey, in **alterius arbitrium** ein Fideicommiß zu hinterlassen, elegant so einkleide, der fremde Wille wäre dann mehr als eine Handlung zu betrachten, (**quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset,** *si Titius Capitolium ascenderit.*) Dem zu Folge glaubt er nun, daß das *principium* der *L.* **1.** nur allein durch den §. **1.** dem es voransteht, erklärbar sey. Ulpian wollte nämlich aussprechen, ein **arbitrio tutorum** dem Mündel hinterlassenes Legat sey weder bedingt noch betagt, da, wenn von einem Ermessen im Testament geredet werde, darunter billiges Ermessen zu verstehen sey, dieses nur den Umfang, nicht den Erwerb des Legats festsetze, und ein tüchtiger Vormund das Quantum sogleich in billiger Berücksichtigung der Größe der Erbmasse bestimme. Um diesen Satz, um den es ihm allein zu thun gewesen, desto mehr hervorzuheben, habe er, als Zweifelsgrund, den Satz vorausgehen lassen, ein **legatum in arbitrium alterius collatum** sey ein bedingtes Vermächtniß. Es sey hier von keinem ungültigen Vermächtniß die Rede, dergleichen z. B. nach der *L.* **52.** *D. de condit. et demonst.* ein solches ist: *Maevio, si Titius voluerit, do lego.* Nein, die vom Ulpian gewählten Beyspiele: *Si Ti-*

tius in Capitolium ascenderit, und *si voluerit*, welches Bruchstücke aus einer gewöhnlichen Vermächtniß-Formel wären, deuteten auf ein gültiges Vermächtniß hin. Denn es verrathe eine Unbekanntschaft mit der in unsern Pandectenfragmenten üblichen Sprache, wenn man, wie gewöhnlich das *si voluerit* so verstehe, als stünde: *si Titius voluerit*. Man müsse sich vielmehr hier den Legatar denken, von dessen Willkühr der Erwerb eines Vermächtnisses mit der Wirkung abhängig gemacht werden könne, daß das sonst **ipso iure** angefallene Legat in ein bedingtes verwandelt werde[46]). Ulpians Ideengang sey nun ganz einfach dieser.

„Man kann in **arbitrium** einer dritten Person mit der Wirkung einer Bedingung eben so gut ein Legat stellen, als in **arbitrium** des Legatars. Was die aufschiebende Wirkung betrifft, stehen sich beyde Arten von Vermächtnissen vollkommen gleich. Es sey also gleichviel, ob mit der Formel legirt wird: **Maevio**, *si Titius in Capitolium ascenderit*, **do lego**, oder so: **Maevio**, *si voluerit*, **d. l.** Beyde Vermächtnisse involviren ein bedingtes Legat, und dennoch sey das Legat **arbitrio tutorum** nicht bedingt."

Dieser Gang des Raisonnements sey um so natürlicher, da wegen der Repräsentation der Pupillen durch den Vormund Zweifel habe entstehen können, ob das Legat **arbitrio tutorum**, zu dem von dem Willen eines Dritten, oder dem des Legatars abhängigen zu zählen sey.

Schwerlich dürfte nun wohl durch diese Interpretation, bey genauerer Prüfung derselben, auch davon

46) *L.* 65. §. 1. *D. de legat.* XXX. *L.* 69. *D. de condit. et demonstrat.*

abgesehen, daß sie ohnehin auf Neuheit keinen Anspruch machen kann, indem auch schon der große Anton Augustinus[47]) das *si voluerit* in der *L.* 1. von der voluntas legatarii erklärte, die Controverse für entschieden gehalten werden können. Denn 1) daß der vom Ulpian L. 1. pr. aufgestellte Grundsatz nur als Zweifelsgrund der in dem folgenden §. 1. enthaltenen Entscheidung sey vorangesetzt worden, streitet gegen den ganzen Zusammenhang, dieser lehrt vielmehr, daß in Folge des vorausgeschickten Princips das Legat, wovon im §. 1. die Rede ist, für kein bedingtes zu halten sey. Sodann aber wird 2) auf guten Glauben angenommen, daß das *si voluerit* auf den Willen des Legatars gehe. Es verräth dieß vielmehr eine Unbekanntschaft mit der in unsern Pandectenfragmenten üblichen Sprache, nach welcher die Ausdrücke *in arbitrium alterius*, *in alienam voluntatem*, *in alienum arbitrium*, sich immer auf eine dritte, sowohl von dem Erben, als dem Legatar verschiedene, Person beziehen, wie Johann Robert[48]), Hugo Donellus[49]), Heinr. Cocceji[50]), und Carl Fried. Walch[51]) schon längst dargethan haben.

47) Emendation. Lib. IV. Cap. 15. in. fin. (in *Th. J. R. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1550.)

48) Sententiar. Lib. II. cap. 11.

49) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 2. et §. 8. (Volum. IV. pag. 443. edit. noviss. *Norimberg.* 1808.)

50) Diss. II. de arbitrio boni viri. (Tom. I. *Exercitation. curios.* pag. 237.).

51) Diss. de legato heredis in arbitrium collato. (*Jenae* 1761. 4.) §. IX. pag. 27.

Weit natürlicher ist die Erklärung eines Carl Christoph Hofacker's[52]), Gottl. Hufeland's[53]), und Adolph Diet. Weber's[54]), die auch schon früher Guido Pancirolis[55]), und Johann Voet's[56]) Ansicht war, wenn sie nämlich den Ausspruch Ulpian's in der L. 1. pr. de legat. II. so verstehen, daß ein Legat in die Willkühr eines Dritten gestellt werden könne, wenn es nicht an ein bloßes Wollen desselben, sondern an eine willkührliche Handlung des Dritten als Bedingung gebunden ist; obwohl auch die Bedingung von der Willkühr des Dritten abhänge, und in sofern kein Unterschied sey, ob man sagt: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si Titius voluerit*. Daß aber auch in beyden Fällen gleiche Rechtswirkung eintrete, sage Ulpian nicht. Daß kein Dissens anzunehmen sey, behaupten auch Herr Geh. R. Thibaut[57]), und H. Prof. Gans[58]). Nach jenes Meinung soll Ulpian in der L. 1. nur soviel haben sagen wollen, der Satz wäre mit Rücksicht auf die Lehre von Bedingungen nicht eben consequent; letzter aber giebt unserm Ulpian ein falsches Kämpfen gegen einen allgemein angenommenen Rechtssatz, und ein Nichteingehen in seine Bedeutung Schuld.

52) Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1590. et not. d.

53) Lehrb. des gemein. oder subsid. Civilrechts. 2. Bd. §. 1088. u. not. a.

54) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1406.

55) Thes. variar. Lection. utriusq. iuris Lib. III. cap. 5.

56) Comment. ad Pand. de legatis §. 36.

57) System des Pand. Rechts. II. Band. §. 800.

58) Röm. Erbrecht 2. Bd. S. 160.

Ich bin nun ebenfalls überzeugt, daß Modestinus von der Meinung seines Lehrers keinesweges abgewichen, und daher zwischen ihm und Ulpian kein Widerspruch anzunehmen sey. Denn auch davon abgesehen, daß man nach der Anweisung Justinian's in seiner Proömial-Constitution *de confirmatione Digestorum* §. 15. **Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit,** überhaupt nicht ohne hinreichenden Grund Widersprüche in den Pandecten annehmen darf, so lange durch Interpretation eine Vereinigung möglich ist, (**si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet;**) so erhellet aus allen Fragmenten des Modestinus, daß er von der Meinung seines Lehrers nie abgewichen sey, sondern sich überall auf seine Auctorität mit der größten Achtung berufe[59]), ja auch da, wo Ulpian von der Meinung anderer Rechtsgelehrten, eines Julianus, eines Papinianus, abging, giebt er der Meinung seines Lehrers Beyfall[60]). Und dieser Modestinus sollte also gerade bey der Frage, ob ein Vermächtniß in eines Andern Willkühr gestellt werden könne? von seines Lehrers Meinung abgewichen seyn? Ist denn in der ganzen *L.* 52. *D. de condition. et demonstrat.* nur ein Wörtchen zu finden, woraus sich dieses auch nur entfernt ahnen ließe? Gewiß nicht. Modestin will hier

59) S. die Note 6.

60) Man vergleiche z. B. die *L.* 53. *D. de condit. et demonstrat.* mit *L.* 3. §. 9. *D. de adim. vel transfer. legat.* (XXXIV. 4.) und besonders *Henr.* Brenkmann de Eurematicis Diatr. seu. in *Herennii Modestini* libr. sing. περὶ εὑρηματικῶν Comment. Cap. X. §. 11. nr. 5 — 9. pag. 207.

die Wichtigkeit der Rechtsregel: *Expressa nocent, non expressa non nocent*, welche auch im Obligationenrechte [61]), ja sogar bey den actus legitimi [62]), z. B. bey der Acceptilation, angewendet wurde, auch in Anwendung auf letzte Willensverfügungen zeigen. Sie ist daher als eine allgemeine Regel in den Titel der Pandecten de diversis regulis iuris [63]) aufgenommen worden. Wenn jedoch Modestinus sagt „*Nonnunquam* contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent: nec essent obfutura" so deutet dieses *nonnunquam* wohl auf die sonst bekannte Regel hin, nach welcher es heißt: *expressi tacitique eadem vis et potestas est*. Es sind daher die auf jene Regel des Modestinus sich beziehenden Fälle eigentlich nur als Ausnahmen von der eben angegebenen gemeinen Regel zu betrachten, wie auch Jac. Gothofredus [64]) bemerkt hat. Die gemeine Regel geht nämlich nur auf solche Fälle, wo das, was nicht mit Worten ausgedrückt ist, schon aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, und also

61) *L.* 27. §. 3. *D. de pact.* *L.* 6. *D. de pact. dotalib.* *L.* 138. §. 1. *D. de Verb. obligat.* S. *Pet.* Fabri Comment. ad L. 22. D. de div. reg. iur. pag. 66. Man vergleiche auch die Note 31.

62) *L.* 77. *D. de Regul. iur.* *L.* 43. *pr. D. de iure dot.* S. *Jac.* Cujacius Praelect. in Tit. Dig. de div. Regg. iur. ad L. 77. cit.

63) *L.* 195. *D. de div. Reg. iur.* Expressa nocent, non expressa non nocent.

64) Comment. ad L. 195. D. de div. Regul. iuris. S. auch Pothier Pand. Justin. Tom. III. Tit. de div. Regg. iur. Nr. XLVI. not. b. pag. 704.

eben so angesehen wird, als ob es mit Worten ausgedrückt wäre [65]). Die Regel des Modestinus aber geht auf Fälle, wo die Gesetze etwas, wenn es geradezu mit Worten ausgedrückt ist, nicht gelten lassen, was aber doch gültig ist, wenn es stillschweigend in einer zur Bedingung gemachten Handlung liegt [66]). Solche Beyspiele führt nun hier Modestinus an, und nimmt sie von Vermächtnissen her. **Quod evenit**, sagt er, **si alicui ita legatur:** ***Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit.*** Ein solches Vermächtniß ist gültig, ob es gleich in der Willkühr des Mävius steht, ob er auf das Capitolium steigen, und dadurch dem Legate Realität verschaffen wolle, oder nicht. Wäre hingegen das Legat ausdrücklich und unmittelbar in die Willkühr des Mävius gestellt worden, mit den Worten: ***si Maevius voluerit, Titio decem do,*** so würde das Legat nicht gültig seyn, obwohl in dem einen Falle, wie in dem andern, das Vermächtniß von der Willkühr eines Dritten abhängig gemacht worden ist. Daher das Sprüchwort: ***expressa nocent, non expressa non nocent,*** oder, wie es Venulejus ***libro IV. Stipulationum*** [67]) ausdrückt: ***Diversa causa est voluntatis expressae, et eius, quae inest.*** Dieß und nichts anders hat nun auch wohl Ulpian in der *L.* **1.** sagen wollen, wovon uns hier sein Schüler Modestinus,

65) *L.* 3. *D. de reb. credit.* S. *Guil.* Barclajus ad tit. Pand. de rebus credit. ad L. 3. cit. (in *Thes. Otton.* Tom. III. p. 819.)

66) S. Donellus Lib. III. Cap. 15. §. 4. und *Jo. a* Sande Comment. in tit. Dig. de div. Regg. iuris ad L. 77. h. t. p. 98. (edit. *Bern.* Schotani.)

67) *L.* 138. §. 1. *D. de Verbor. obligation.* (XLV. 1.)

den Aufschluß gegeben hat. Denn wenn Ulpian sagt: *In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest*, so heißt dieß nichts anders, als ein Legat kann in die Willkühr eines Andern gestellt werden, wenn eine äußere Thatsache zur Bedingung gemacht wird, die in der Willkühr desselben steht. Dieß ist z. B. der Fall, wenn mir Etwas unter der Bedingung vermacht wird, *si Titius in Capitolium ascenderit*. Durch dieses Beyspiel wollte also Ulpian das *veluti conditio* deutlicher erklären. Nun wird zwar auch durch eine solche Bedingung das Legat von der Willkühr eines Andern abhängig gemacht, denn ist es nicht im Grunde einerley, ob Etwas unter der Bedingung, *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder so: *si Titius voluerit*, vermacht wird? Allein es darf nicht übersehen werden, was hier aus Modestinus, dem Paraphrasten seines Lehrers, zu ergänzen ist, von Ulpian aber oder von den Compilatoren der Pandecten ist weggelassen worden [68]), nämlich daß in Rücksicht der Gültigkeit doch viel darauf ankomme, ob das Legat bloß in die Willkühr eines Andern gestellt worden, oder ob eine willkührliche Handlung des Dritten, als Bedingung, dem Willen desselben zur Norm dienen soll. Daß Ulpian auch wirklich nicht anders verstanden seyn wolle, beweisen die Worte „*velut conditio*“ augenscheinlich, die sonst keinen Sinn haben, und ohne alle Bedeutung seyn würden. Daß er aber unter **conditio** eine willkührliche Handlung des Andern versteht, beweist das Beyspiel:

68) Gans in den Scholien zum Gajus S. 345. geht wohl offenbar zu weit, wenn er sagt, es sey von den 3 Büchern der Pandecten **de legatis** gewiß nicht eine einzige Stelle ächt.

si Titius in Capitolium ascenderit. Da nun Ulpian sich in Ansehung der Gültigkeit über den Unterschied der angegebenen beyden Fälle nicht bestimmt erklärt hat, so ist der Ausleger, da keine Widersprüche in den Pandecten angenommen werden sollen, allerdings befugt, den Parallelismus zu Hülfe zu nehmen, und die eine dunkle Stelle aus der andern deutlicheren zu erklären [69]). Denn die Parallelstellen brauchen nicht gerade von demselben Autor zu seyn, sie können auch von verschiedenen Schriftstellern herrühren, wenn diese zumal, wie hier, in dem Verhältniß, wie Schüler und Lehrer, zu einander stehen [70]). Nach dieser Erklärung konnte nun Ulpian §. 1. mit Recht sagen, das einem Pupillen **arbitrio tutorum** hinterlassene Legat sey kein bedingtes. Denn eine Bedingung schiebt die Delation des Vermächtnisses bis zu deren Eintritt auf. **Haec conditio**, sagt Julian *libro I. ad Urseium Ferocem* [71]), *si in Capitolium ascenderit*, **sic recipienda est, si cum primum potuerit Capitolium ascendere.** Man muß es also immer darauf ankommen lassen, wenn es Dem, von dessen Handlung die Bedingung abhängig gemacht worden ist, belieben wird, die Handlung vorzunehmen. Dieß ist nun aber bey dem einem Mündel **arbitrio tutorum** hinterlassenen Legate nicht der Fall, wovon der §. 1. handelt. Denn hier kommt es nicht auf eine äussere in der Willkühr der Vormünder stehende Handlung,

69) S. *Jo. Lud.* Conradi **Observat. iur. civ. Vol. I.** (*Marburgi* 1782.) §. XIV. und Eckhardi **Hermeneut. iuris Lib. I. §. XV.**

70) S. meine Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts. S. 69.

71) *L. 29. D. de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

sondern auf ein billiges und pflichtmäßiges Ermessen derselben an, welches keinen Aufschub erfordert. Es ist also durch den Zusatz „**arbitrio tutorum**" den Vormündern nicht sowohl die Bestimmung über die Prästation, als vielmehr bloß die Bestimmung über die Quantität eines ihren Pupillen zugedachten Legats anheimgestellt, wie man aus den Worten selbst ersehen kann, welche so lauten:

Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae: *arbitrio tutorum*, neque conditio inest legato, neque mora, quum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. Quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?

So werden nun auch die übrigen Stellen Ulpians keine Schwierigkeit finden. Wenn also Ulpian *L.* 43. §. 2. *D. de legatis XXX.* sagt: **Legatum *in aliena voluntate* poni potest, in heredis non potest,** so hat Donellus [72]) gründlich erwiesen, daß unter der ***aliena voluntas*** nicht mit der Glosse **voluntas legatarii** zu verstehen sey, sondern **voluntas extranei.** Es erhellet dieses auch ganz deutlich aus der *L.* 52. *D. de conditionib. et demonstrat.* Daß nun aber dieses so allgemein gefaßte Fragment, wenn Ulpian nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen soll, nicht so allgemein verstanden werden könne, wie es lautet, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Es kann daher wohl

72) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 2. Vol. IV. pag. 435. sq. et §. 8. pag. 443. sq. (edit. noviss. *Norimberg.*)

anders nicht, als unter der von ihm selbst in der *L.* 1. *pr. D. de legatis XXXI.* angegebenen Einschränkung verstanden werden, nämlich: **legatum in aliena voluntate** *veluti conditio* **poni potest**, wie auch Franz Connanus[73]), Reinhard Bachov[74]), und Anton Schulting[75]) diese Stelle verstehen. Demzufolge kann also die *L.* 43. §. 2. *cit.* in Gemäßheit der *L.* 1. *pr. cit.* nur so verstanden werden, ein Vermächtniß könne in eines Andern Willen gestellt werden, wenn nicht bloß gesagt ist, der Dritte solle wollen, also: *si Titius voluerit*, sondern die Handlung eines Dritten, die in seiner Gewalt steht, zur Bedingung gemacht worden ist, welche seinem Willen zur Norm dienen soll. **Omnis enim scriptor,** sagt Eckhard[76]) sehr richtig, **sibi constare velle existimandus est, ne ea protulisse videatur, quae inter se non cohaerent, et placitis suis repugnant. Quidquid igitur a placitis auctoris, alio in loco propositis, alienum est, illud menti eius non convenire videtur, nec temere adeo in interpretatione est admittendum.**

Allein wie hängt nun damit zusammen, wenn Ulpian in unserer Stelle sagt: *in heredis* **sc. voluntate** *non potest.* Sollte denn nicht auch eine willkührliche Handlung des Erben zur Bedingung gemacht werden können, von deren Ereigniß das Vermächtniß abhängen soll? Carl Fried. Walch[77]) meint es, und beruft sich auf eine Stelle des Paulus, welcher *libro IV. ad Plautium*[78]) sagt:

Si ita legetur: *heres dare damnas esto, si in*

73) Commentarior. iuris civ. Lib. X. Cap. 6. pag. 759. (*Lutetiae* 1553. f.)

74) Notae ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XIII. Th. 6. Litt. D. pag. 821.

75) Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. V. ad L. 43. cit. pag. 207. (edit. *Smallenburg. Lugd. Batav.* 1825. 8.)

76) Hermeneut. iur. Lib. I. §. XIV. pag. 9. (edit. *Walchii*).

77) Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. XI.

78) *L.* 3. *D. de legatis XXXI.*

Capitolium non ascenderit, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere.

Allein wo bliebe denn nun der Unterschied, den hier Ulpian zwischen der aliena voluntas, und der voluntas heredis macht? Das Räthsel mag der große Hugo Donellus [79]) lösen. Er sagt:

„Res sic se habet. In voluntatem alienam *verbis expressa conditione* legatum conferri non potest, sed si verbis legitur eadem conditio, quantumvis insit re vera, tamen in eam recte collatum legatum videbitur, veluti si testatur ita leget: *Titio decem do, si Maevius Capitolium ascenderit* [80]). At neutro modo legatum *in voluntatem heredis* utiliter conferri potest. Sive enim testator ita leget: *si heres volueri*, sive ita: *Titio decem lego, si heres Capitolium ascenderit*, legatum inutile constituitur. Priore casu, quia sub hac conditione, *si debitor velit*, nulla fit obligatio, ubi scilicet nulla ei iniicitur necessitas rei praestandae: quod est proprium obligationis [81]). Posteriore, quia legatum hac conditione, *si heres Capitolium ascenderit*, poenae causa datum intelligitur. Quod genus legati olim et temporibus ULPIANI non valuit [82]). Nunc qui-

79) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 9. pag. 444.

80) *L.* 52. *D. de condit. et demonstrat.*

81) *L.* 8. *D. de obligat. et action.*

82) §. 36. *J. de legatis.* Dafür kann nun Gajus *Institut. Comment. II.* §. 235. angeführt werden. Da ein legatum poenae nomine relictum im Grunde nichts anders ist, als ein von der Handlung des Erben abhängiges Legat, wie Gans in den Scholien zum Gajus 6. Schol. S. 342. ganz richtig bemerkt, so konnte wohl THEOPHILUS in *Paraphr. Graec. ad* §. *cit. Institut.* pag. 475. edit. *Reitz.* auch einen Grund, warum die legata poenae nomine relicta vor Justinian nicht galten, darin setzen, ὅτε μισεῖ ὁ νόμος τὸ ληγάτον τὸ ἐν τῇ γνώμῃ ἀποκείμενον τοῦ κληρονόμου; i. e. *quia Lex odit legatum in arbitrium here-*

dem post constitutionem JUSTINIANI [83]) valet, sed ita, ut si in factum heredis constituta sit poena, legatum alia ratione constituatur inutile, quoniam heres cavebit diligenter, ne faciat, id, quod est in conditione, et unde pendet legatum."

Daß dieses wirklich Ulpian's Meinung sey, erhellet daraus, weil dieser Jurist an mehreren Orten ausdrücklich erklärt, daß ein in die Willkühr des Erben gestelltes Legat auf keine andere Art gültig sey, als wenn die Leistung desselben bloß dem billigen und vernünftigen Ermessen des Erben, als eines redlichen Mannes, überlassen worden ist. Es gehören hierher besonders folgende Fragmente, woraus die *L.* 43. §. 2. erklärt werden muß.

L. 75. *pr. D. de legat. XXX.* ULPIAN. *libro V. Disputationum.* Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum: *si aestimaverit heres, si comprobaverit, si iustum putaverit*, et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non *in meram voluntatem heredis collatum.*

L. 11. §. 7. *D. de legatis XXXII.* ULPIAN. *libro II. Fideicommissorum.* Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur: *si vo-*

dis positum. Es ist zwar Theophilus wegen dieses Grundes von mehreren getadelt worden, wie z. B. von *Jo. Jac.* WISSENBACH Emblemat. Triboniani. Cap. V. pag. 97. (edit. *Heinecc.*) *C. F.* WAECHTLER in Opuscul. pag. 757. in fin. und GOESCHEN Observat. iur. Rom. pag. 51. not. c. Es ist auch nicht zu läugnen, daß der Grund, den Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts 5. Abh. Not. 17. und in seinen civilist. Abhandlungen Nr. IV. S. 54. anführt, viel treffender ist. S. auch Fried. Adolph Schilling Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte. S. 204. Not. 563. Indessen dient doch das legatum poenae mit zum Beweise, daß auf den Fall, daß der Erbe etwas thue, zur Zeit Ulpians kein Legat gültig hinterlassen werden konnte.

83) *L. un. C. de his, quae poenae nomine in testam.* (VI. 41.)

lueris, tamen si ita adscriptum fuerit, *si fueris arbitratus*, *si putaveris*, *si aestimaveris*, *si utile tibi fuerit visum*, vel *videbitur*, debebitur: non enim *plenum arbitrium voluntatis* heredi dedit, sed quasi viro bono fideicommissum relictum.

L. 46. §. 3. *D. de fideicommiss. libertatib.* Ulpian. *libro VI. Disputationum.* Quodsi ita scriptum sit: *si heres voluerit*, non valebit, sed ita demum, si totum in voluntate fecit heredis, *si ei libuerit*. Ceterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur. Nam et eam libertatem deberi placuit: *si tibi videbitur*, *peto manumittas*; ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur. Nam et ita relictum: *si voluntatem meam probaveris*, puto deberi, quemadmodum: *si te meruerit quasi virum bonum*, vel: *si comprobaveris*, vel: *si non reprobaveris*, vel: *si dignum putaveris*.

Nirgends sagt Ulpian, daß auch eine willkührliche Handlung des Erben zur Bedingung eines Legats gemacht werden könne. Zwar erklärt Ulpian[84]) ein Legat für gültig, welches auf die Art hinterlassen worden ist: *nisi heres meus noluerit*, und er sagt, es sey quasi conditionale[85]). Allein eben dadurch giebt ja Ulpian selbst zu erkennen, daß es kein eigentlich bedingtes Vermächtniß sey. Denn hier hängt nicht die Errichtung des Legats, (denn diese ist unbedingt geschehen) sondern die Aufhebung desselben von einer Bedingung ab, nämlich daß der Erbe bey seinem Leben nicht erkläre, er wolle das Legat nicht prästiren. Stirbt er also, ohne dieses erklärt zu haben, so kann es dem Legatar nun nicht mehr genommen werden, so wie denn auch der Erbe nicht mehr pönitiren kann, wenn er einmal erklärt hat, daß er das Legat

84) *L.* 11. §. 5. *D. de legatis XXXII.*

85) Paulus *L.* 6. *pr. D. Quando dies legator.* (XXXVI. 2.) sagt: Quod pure datum est, si sub conditione adimatur, *quasi sub conditione legatum habetur*.

auszahlen wolle [86]). Allein Paulus [87]) sagt ja doch, das Legat sey auch gültig, wenn es auf die Art hinterlassen worden: *heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit*, wenn es gleich in der Macht des Erben stehe, ob er auf das Capitolium steigen wolle, oder nicht. Die Glosse zu dieser Gesetzstelle sagt, es sey zweifelhaft, ob die Worte: *si in Capitolium non ascenderit*, auf den Erben, oder den Legatar, oder einen Dritten gehen. Erkläre man diese Worte vom Legatar, welches wohl das Sicherste sey, so habe die cautio Muciana Statt, und nun stehe das Gesetz mit der *L.* 43. in keinem Widerspruche. Auch Gregor. Majansius [88]) glaubt, die Bedingung: *si in Capitolium non ascenderit*, wäre nicht auf den Erben, sondern auf den Legatar zu beziehen. Andere, z. B. Franz Connanus [89]) und Arnold Vinnius [90]) verstehen hingegen die bemerkte Bedingung vom Erben, und meinen gerade hier einen Beweis gefunden zu haben, daß wenn diese Bedingung affirmativ beygefügt worden, das Legat für eben so ungültig zu halten sey, als wenn solches in die bloße Willkühr des Erben wäre gestellt worden. Noch Andere [91]) wollen es endlich für ganz gleichgültig halten, ob die Bedingung affirmativ oder negativ ausgedrückt worden ist. Den Worten nach dürfte nun hier wohl die Bedingung: *si in Capitolium non ascenderit*, eher auf den Erben, als den Legatar gehen, ja es scheint mir dieses ganz unbezweifelt zu seyn, weil ja von kei-

86) S. *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Cap. IV. ad L. 41. §. 13. de legat. III. nr. 3. et 4. (Tom. VI. *Thes. Meermann.* pag. 308. sq.) und Walch Diss. cit. §. XI. pag. 44.

87) *L.* 3. *D. de legat. XXXI.*

88) Diss. de voluntate necessar. in ultim. dispositionibus. §. 7. (in Ejus Disputation. iur. civ. Tom. I. pag. 442.)

89) Commentar. iur. civ. Lib. X. Cap. 6. pag. 759.

90) Select. iuris Quaestion. Lib. II. Cap. 25. pag. 218. (*Franequerae* 1690. 4.)

91) *Jo.* Robertus libr. Sententiar. Receptar. Cap. 10. besonders Walch Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. XI. pag. 47.

nem Andern die Rede ist, als von dem Erben. Daß Paulus gerade das Beyspiel von einem legato *per damnationem* gewählt hat, kann jetzt nicht mehr in Betrachtung kommen, wenn gleich Gajus [92]) sagt: **optimum ius est per damnationem legatum.** Denn nach dem Neronianischen Senatusconsultum sollte ja jedes Legat in so weit gelten, als es **per damnationem** gelten könne [93]). Der Grund, warum gerade das **legatum**, *si in Capitolium heres non ascenderit*, gültig war, ist vielmehr, wie auch Vinnius [94]) und Walch [95]) bemerkt haben, der nämliche, aus welchem auch das Legat, *nisi heres noluerit*, für gültig gehalten wurde.

Wenn endlich Ulpian noch in der *L.* 46. §. 2. *D. de fideicommiss. libertatibus* ausdrücklich sagt: **Sed et si ita adscriptum sit:** *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, **mihi videtur posse dici valere libertatem**; so liegt der Grund dieser Entscheidung in der besondern Beschaffenheit einer **libertas fideicommissaria.** Denn daß von dieser hier die Rede sey, erhellet nicht nur aus *pr.* L. cit. wo Ulpian sagt: **Fideicommissa libertas ita potest dari:** *heres, si volueris, fidei tuae committo, ut Stichum manumittas;* sondern eben dieses beweisen auch die Worte: *Stichum liberum esse volo.* Denn das Wort *volo* wurde eben so, wie die Ausdrücke *rogo*, *mando*, *fideicommitto*, zu den **verbis precariis** gerechnet, wodurch sich die **fideicommissa** von den **legatis** unterschieden [96]). Ob nun wohl Justinian den Unterschied zwischen **legata** und **fideicommissa** aufgehoben hat, so ist er dennoch in Rücksicht einer durch letzten Willen gegebenen Freyheit unabgeändert geblieben. Eine solche **libertas**

92) *Comm. II.* §. 197.

93) Ulpian. *Fragm. Tit. XXIV.* §. 11. S. Gans Scholien zum Gajus. 6. Schol. S. 338. f.

94) Select. iur. Quaestion. Lib. II. cap. 25. pag. 218.

95) Diss. cit. §. XI. pag. 46.

96) S. §. 3. *J. de singulis reb. per fideicomm. relict.* (II. 24.) und *L.* 2. *pr. Cod. Communia de legat.* (VI. 43.)

per fideicommissum data war nun aber freylich in mancher Hinsicht mehr begünstiget, als eine libertas *per legatum*, und also verbis directis relicta [97]). Denn bey der letztern machte selbst der sonstige favor libertatis keinen Unterschied. Denn hier war, wie Ulpian nachher §. 3. selbst sagt, das Legat ungültig, si ita adscriptum sit: *si heres voluerit*, Daher sagt Licinius Rufinus *libro V. Regularum* [98]): Libertates etiam *per fideicommissum* dari possunt, et quidem *largius*, quam *directo*. So wie nun also bey einer libertas *per fideicommissum* relicta, der Zusatz: *si heres voluerit* das Fideicommiß nicht ungültig machte, quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu heredis, sondern so erklärt wurde: *si heredi videbitur* [99]); eben so ward auch der Zusatz: *si Seius voluerit*, bey einer fideicommissa libertas, nicht so, wie sonst bey einem Legate, für ein bloßes Stellen in die Willkühr eines Dritten, sondern eben so für eine Bedingung erklärt, als wenn einem Vermächtniß die sonst gewöhnliche Bedingung: *si Titius Capitolium ascenderit*, wäre beygefügt worden [100]). Die fideicommissa

97) S. §. 2. *J. de singul. rebus per fideicomm. relict. L.* 29. *D. de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.) *L.* 6. *C. de fideicomm. libertat.* (VII. 4.) Acosta Select. Lib. I. Cap. 22. und *Wilh. a* Loon Eleutheria, seu de manumiss. servor. apud Rom. Lib. I. Cap. 4. §. 8.

98) *L.* 16. *D. de fideicomm. libertat.*

99) S. Walch Diss. cit. de legato heredis in arbitrium collat. §. X. pag. 41. Ein bloßes Fideicommiß, welches dem Erben mit dem Zusatz auferlegt worden: *si voluerit*, ohne Beziehung auf Libertät, hielt selbst Ulpian für so ungültig, als ein Legat, welches in die bloße Willkühr des Erben gestellt worden ist, wie aus *L.* 75. *pr. D. de legat. XXX.* und der schon oben angeführten *L.* 11. §. 7. *D. de legat. XXXII.* erhellet.

100) S. *Franc.* Duarenus Comment. in Tit. D. de condition. institut. Cap. IV. §. ult. (*Opper.* pag. 416.) *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. IV. ad L. 41. D. de legat. III. nr. 5. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 209.) und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. VI. ad L. 46. D. de fid. libert. pag. 281. sq.

libertas machte also hier, so wie in mehreren andern Fällen, allerdings eine Ausnahme von der Regel, und da dieselbe, gegen die von Ulpian selbst aufgestellte Regel, sogar in den Willen des Erben gestellt werden konnte, bey dem doch nicht einmal das Abhängigmachen eines Legats von einer willkührlichen Handlung desselben: **si in Capitolium ascenderit**, galt; so konnte Ulpian um so mehr von der **voluntas heredis**, auf ***si Seius voluerit***, schließen; woraus sich denn die Aeußerung: ***mihi videtur posse dici***, erklärt.

§. 1406. a.

Sind diese Grundsätze des ältern Rechts durch das Justinianeische oder Canonische Recht abgeändert worden?

Aus Allem ergiebt sich nun so viel, daß die römischen Juristen darin einverstanden waren, daß die Erbeinsetzung weder der Bestimmung noch der Einwilligung eines Dritten überlassen werden könne, sondern dieselbe durch den eignen Willen des Testirers bestimmt und gewiß seyn müsse. Es ist dieser Grundsatz auch schon in dem Verbote des ältern Rechts begriffen, daß man eine **persona incerta** so wenig zum Erben einsetzen, als derselben ein Vermächtniß hinterlassen könne. Eben so war man auch darin einig, daß ein Vermächtniß der bloßen Willkühr des Erben eben so wenig, als es der Willkühr eines Schuldners überlassen werden könne, ob er schuldig seyn wolle, oder nicht. Die Streitfrage betraf also bloß die Vermächtnisse, ob diese in den bloßen Willen dritter Personen gestellt werden können? und hier muß, wie ausgeführt worden, die dunkle und unbestimmte Entscheidung des Ulpianus, durch die deutlichere und bestimmtere Entscheidung des Modestinus ergänzt und aufgeklärt werden. Gelten denn aber diese Grundsätze des ältern röm. Rechts noch jetzt? Walch [1]) fand kein Bedenken diese Frage zu bejahen, und beruft sich auf die Auctorität der Practiker. So viel ist gewiß, daß durch die verloren gegangene, und bis jetzt noch nicht vollständig restituirte Constitution des Kaisers Justi-

1) **In Diss. cit. §. XVI.**

nian de personis incertis[2]), so weit wir den Inhalt derselben aus den Institutionen[3]) kennen, hierin nichts geändert worden sey, noch Etwas habe geändert werden können, ohne das Wesen des Testaments aufzuheben. Justinian sagt es ja selbst, er habe das ältere Recht nicht ganz aufheben, sondern nur nicht sine iusta emendatione lassen wollen. Dieß ist auch schon längst von Johann Strauch[4]), Anton Schulting[5]), Franz Carl Conradi[6]) und Christ. Gotth. Hübner[7]) so klar bewiesen worden, daß darüber gar kein Zweifel mehr entstehen kann. Die Frage ist also nur, ob nicht das römische Recht in diesem Puncte durch das Canonische Recht sey abgeändert worden? Ich habe aus lebhafter Ueberzeugung die verneinende Meinung in einer eigenen Commentation[8]) zu vertheidigen, und aus der Kirchen- und Rechtsgeschichte des Mittelalters ausführlich darzuthun mich bemüht, daß der Pabst Innocenz *III.* in dem *Cap.* 13. *X. de testamentis* (III. 26) worin es heißt:

Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit; non videtur decedere intestatus,

gar nicht die Absicht gehabt habe, das römische Recht abzuändern, sondern diese päbstliche Entscheidung sich lediglich auf das gleich im Anfange dieses Textes

2) S. *Cod. VI. Tit.* 48. und den 29. Th. dieses Commentars. §. 1301. Not. 65. S. 76.
3) §. 27. *J. de legatis.* (II. 20.)
4) Disp. ad tituli 48. Libri VI. Cod. de personis incertis constitutionem deperditam. (*Jenae* 1671.) Cap. III. §. 6.
5) Jurisprud. Antejust. ad Pauli Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 4. B. not. 9. pag. 346. und ad Ulpiani Fragm. Tit. XXII. pag. 634. not. 7.
6) Diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine, vel demonstrat. heredis aut legatarii commiss. §. 3. et 4.
7) Diss. ad titulum Digestorum de rebus dubiis, Commentarius, a *Christ. Wilh.* Schweitzer def. *Lipsiae* 1802. 8. pag. 48. sqq. et pag. 165. sqq.
8) Innocentius III. in cap. 13. X. de testamentis iuri civili haud derogans, *Erlangae* 1784. Sect. II. *Opusc.* Fasc. I. pag. 238. sqq.

nach der Baluzischen Ausgabe der Briefe Innocenz III.[9]) erwähnte, dem Bischoff von Auxerre de benignitate sedis apostolicae ertheilte Privilegium: *quod ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium libere in eius potestate ac dispositione permaneat*, beziehe. Diese Meinung fand auch bey mehreren Rechtsgelehrten[10]) Beyfall. Allein Herr Obertribunalrath Schrader[11]) hat sie zu widerlegen, und zu zeigen sich bemüht, daß durch jene Verordnung des Canonischen Rechts alle oben angeführten Bestimmungen des röm. Rechts seyen aufgehoben worden. Ihm sind auch Thibaut[12]), Schweppe[13]), von Wening-Ingenheim[14]), und Mühlenbruch[15]) beygetreten. Allein meiner Meinung haben mehrere[16]) auch noch nach der Schraderischen Widerlegung den Vorzug gegeben. Die nähere Prüfung bleibt dem folgenden Theile vorbehalten.

9) Epistolarum Innocentii III. Rom. Pontif. in unum collectar. a *Stephan.* Baluzio *Parisiis* 1682. f. Tom. I. Lib. V. pag. 631. sq.

10) *Lud. God.* Madihn Princip. iuris Rom. de Successionibus. §. CVI. in fin. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 488. Not. 5.

11) Abhandlungen aus dem Civilrechte 1. Bdch. S. 71. ff.

12) Syst. des Pand. R. 2. B. §. 800.

13) Röm. Privatrecht. §. 800. a. E.

14) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch. §. 454.

15) Doctr. Pand. Vol. III. §. 464. not. 7.

16) S. Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. B. §. 1406. *Car. Jul. Meno* Valett Lehrbuch des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 1205.

